

SENTENCIA C-577/11

MATRIMONIO-Exequibilidad del artículo 113 del Código Civil que lo define y exhorta al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo

HOMOSEXUALIDAD-Orientaciones doctrinales/**HOMOSEXUALES Y TRANSEXUALES**-Distinción/**HOMOSEXUALIDAD**-Contenido y alcance de la expresión/**PAREJAS DEL MISMO SEXO**-Contenido y alcance de la expresión/**HOMOSEXUALIDAD**-Acepciones

DIFERENCIA DE TRATO FUNDADA EN LA ORIENTACION SEXUAL DE UNA PERSONA-Se encuentra sometida a un control constitucional estricto/**ORIENTACION SEXUAL**-Constituye un criterio sospechoso de diferenciación

FAMILIA Y MATRIMONIO-Clara diferencia en la Constitución Política

FAMILIA-Reconocimiento político y jurídico en la Constitución Política/**FAMILIA**-Definición en sentido amplio/**FAMILIA**-Constitución

MATRIMONIO-Concepto/**MATRIMONIO**-Vínculo jurídico

CONYUGES-Derechos, cargas, deberes y obligaciones en la medida en que son miembros de una relación familiar/**CONYUGES**-Condiciones de igualdad entre ellos mismos como pareja, frente a la sociedad y al Estado/**FAMILIA**-Encuentra firmeza y solidez en la alianza que surge entre los esposos, quienes, en el seno de la familia y en forma conjunta asumen el cumplimiento de las obligaciones y derechos correlativos que el orden natural o positivo les imponen/**OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL CONYUGE**-Se concretan en el débito conyugal, la fidelidad, convivencia, la asistencia y auxilio mutuo, la solidaridad y la tolerancia

MATRIMONIO-Deberes conyugales

FAMILIA-Vínculos e igualdad para los hijos

DERECHO A LA FAMILIA-No es una garantía que se predica solo respecto de los cónyuges, también de los derechos de los niños a que realmente exista un hogar

FAMILIA Y MATRIMONIO-Derechos de carácter fundamental

CONSTITUCION POLITICA-Reconoce y protege el matrimonio como una de las formas de conformar una familia

PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA POR VINCULOS NATURALES O JURIDICOS-Implicaciones/**FAMILIA**-Protección integral/**FAMILIA**-Conformación por matrimonio/**FAMILIA**-Conformación por la unión libre/**FAMILIA QUE SURGE DE LA UNION LIBRE**-Protección constitucional/**FAMILIA**-Plano de igualdad

DERECHO A LA FAMILIA-Igualdad de derechos y obligaciones

LEGISLADOR-No puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente

PAREJA QUE CONFORMAN LOS COMPAÑEROS PERMANENTES-Tiene respecto de los cónyuges, una igualdad en derechos y obligaciones que no implica identidad total entre la unión marital de hecho y el matrimonio/**MATRIMONIO Y UNION MARITAL DE HECHO**-No debe entenderse como una absoluta equiparación o equivalencia

IGUALDAD DE LOS HIJOS-No cabe aceptar algún tipo de distinción, diferenciación o discriminación en razón de su origen matrimonial o no matrimonial

DERECHOS DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA-Se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política/**FAMILIA**-Medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños/**FAMILIA**-Ámbito natural de desarrollo del menor

ADOPCION-Finalidad

ADOPCION-Relevancia constitucional y legal

La adopción tiene, “una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo”, en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que “establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral”.

HIJOS MATRIMONIALES, EXTRAMATRIMONIALES Y ADOPTIVOS-Iguals derechos y deberes/FAMILIA DE CRIANZA-Definición/FAMILIAS MONOPARENTALES-Definición/FAMILIAS ENSAMBLADAS-Definición/CONCEPTO DE FAMILIA-No incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos/CONCEPTO DE FAMILIA-No puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo

El artículo 42 de la Carta establece que los hijos adoptados “tienen iguales derechos y deberes” y la Corte ha acotado que, en atención a las formas de fundar la familia “los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”, entre los cuales, por disponerlo así la Constitución, no puede haber diferencias de trato. Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza”. A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por “el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano”, medidas que la Corte ha extendido “al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual”, no “por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos”. También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas “familias ensambladas”, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente

a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí. A modo de conclusión conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”. Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”.

FAMILIA-Núcleo fundamental de la Sociedad

La Corte ha indicado que, siendo la familia “el núcleo fundamental de la sociedad, los distintos Estados han advertido la necesidad de dotarla de un sustrato material que le permitiera satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarrollarse sin traumatismos” y, de igual modo, “han advertido la necesidad de brindarle una protección jurídica preferente”, una de cuyas formas es el amparo de su patrimonio, mientras que otras consisten en el establecimiento de “la igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, en la consideración especial de los niños “como titulares de derechos fundamentales” o en el suministro de “especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad”. El carácter institucional de la familia y la protección que, en razón de él, se le dispensa tienen manifestación adicional en la regulación que el Constituyente confió de manera primordial a la ley, encargada, por ejemplo, de desarrollar lo concerniente a la primogenitura responsable y, en lo atinente al matrimonio, de establecer sus formas, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, puesto que “aun cuando el texto superior le confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia, no por ello deja a su total arbitrio la consolidación de la misma, pues en todo caso somete su constitución a determinadas condiciones, a fin de otorgarle reconocimiento, validez y oponibilidad a la unión familiar”.

FAMILIA-Garantía esencial respecto de los niños

INTERVENCION DEL ESTADO EN RELACIONES FAMILIARES BIOLÓGICAS O DE CRIANZA-Necesidad de razones que la justifiquen

Si bien existe un ámbito para la regulación estatal, también hay límites que la ley debe observar y, aunque la protección derivada del carácter institucional en ocasiones amerita la intervención estatal en las relaciones familiares, no cabe perder de vista que esa intervención requiere de razones poderosas que la justifiquen y que debe ser ejercida razonablemente y “no bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, independiente de las circunstancias, sino fundada en la realidad”, pues, por ejemplo, tratándose de los menores “solo tiene cabida en cuanto se requiera su actividad y en búsqueda de mejores condiciones que las actuales”, a más de lo cual el Estado “cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

CONCEPTO DE FAMILIA-Jurisprudencia constitucional

Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional relativa al concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 superior y, en lo que hace al matrimonio, se ha sostenido que “el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen a la celebración del contrato”, una de las cuales “directamente derivada del texto constitucional es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica”. El requisito de heterosexualidad y el carácter monogámico de la unión también presiden la conceptualización de la denominada familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento que es esencial en el matrimonio. Claramente la Corte ha señalado que la “unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser protegida, “pues ella da origen a la institución familiar” y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una “unión libre de hombre y mujer”. Con apoyo en los anteriores criterios, reiteradamente la Corporación ha afirmado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges”. La interpretación textual del artículo 42 de la Carta indica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda “en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, en tanto que la familia natural se

constituye “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde se desprende que “la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual”. La consecuencia inevitable de la anterior conclusión consiste en que, si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, “no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales”. Así las cosas, conviene ahora aludir a la protección que a las personas homosexuales se les ha brindado en la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de establecer cuál ha sido su desarrollo, qué efectos ha proyectado ese desenvolvimiento y si, en materia de derecho de familia, la evolución ha tenido consecuencias distintas de las acabadas de reseñar.

HOMOSEXUAL-Jurisprudencia constitucional/CONDUCTA Y COMPORTAMIENTO HOMOSEXUALES-Tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas/NUCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS A LA PERSONALIDAD Y LIBRE DESARROLLO-Forma parte la autodeterminación sexual/AUTODETERMINACION SEXUAL-Alcance/COMPORTAMIENTO HOMOSEXUAL-Le está vedado a la ley prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo

En la jurisprudencia de la Corte se advierte, ante todo, una consideración referente a la persona individual del homosexual. A fin de evitar el recuento de las transformaciones legales que en sucesivos pasos condujeron, por ejemplo, a la descriminalización de la homosexualidad, la Sala considera suficiente realizar el análisis desde la perspectiva constitucional recogida en distintas sentencias proferidas por la Corporación y al respecto reitera que desde el punto de vista eminentemente personal se ha estimado que “la conducta y el comportamiento homosexuales tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas”. A juicio de la Corte, del núcleo esencial de los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo, respectivamente contemplados en los artículos 14 y 16 de la Carta, forma parte la autodeterminación sexual que comprende “el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad”, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, “que no causa daño a terceros” y que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el artículo 2° superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia. Pero también la jurisprudencia se ha aproximado a la homosexualidad desde la perspectiva del grupo situado en posición minoritaria y, además, sometido, en su condición de colectivo, a prejuicios fóbicos y a “falsas creencias que han

servido históricamente para anatematizar a los homosexuales”. De conformidad con esta aproximación se ha enfatizado que, aun cuando “la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual”, le está vedado a la ley “prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo”, porque el derecho fundamental a la libre opción sexual impide “imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria”, ya que el campo sobre el cual recaen las decisiones políticas del Estado no puede ser aquel “en el que los miembros de la comunidad no están obligados a coincidir como ocurre con la materia sexual, salvo que se quiera edificar la razón mayoritaria sobre el injustificado e ilegítimo recorte de la personalidad, libertad, autonomía e intimidad de algunos de sus miembros”. En esta dirección se ha concluido que el principio democrático no puede avalar “un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría” y que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría”. Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, “puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”.

PAREJAS CONFORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO-Jurisprudencia constitucional

En primer lugar, la protección a las parejas del mismo sexo principalmente se brinda a partir de beneficios específicos previamente reconocidos en la ley a las parejas heterosexuales vinculadas en razón de la denominada unión marital de hecho y que esta tendencia general se mantiene cuando los titulares originales del beneficio o prestación son los cónyuges, pues inicialmente se extiende el ámbito de los favorecidos para incluir a la pareja que conforma la unión de hecho y, sobre esa base, se produce una extensión posterior que cobija a las parejas homosexuales, por hallarse en situación que la Corte juzga asimilable. Repárese en que la extensión del régimen patrimonial entre compañeros permanentes a las parejas integradas por personas del mismo sexo justamente está precedida del establecimiento de ese régimen legal a favor de los convivientes en unión marital de hecho, cuyo propósito inicial fue procurar la protección de la mujer y de la familia, para que las medidas protectoras no quedaran limitadas a los unidos mediante el vínculo matrimonial y comprendieran también a la unión marital de hecho. Así mismo, la ampliación

del marco de protección referente al delito de inasistencia alimentaria para que incluya a las parejas del mismo sexo registra como antecedente, explicitado en la correspondiente decisión, el reconocimiento de que, al prever la obligación alimentaria únicamente para los cónyuges, se discriminaba a las parejas no casadas y que, por lo tanto, debía entenderse que el artículo 411-1 del Código Civil era exequible, siempre y cuando se entendiera que resultaba aplicable a “los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho” e igualmente cabe observar que la extensión del derecho a la porción conyugal a las parejas del mismo sexo aparece acompañada de la decisión previa y en idéntico sentido que favorece al compañero o a la compañera permanente. En segundo término la Corte advierte que la protección a las parejas compuestas por personas homosexuales tiene en las providencias reseñadas un evidente y predominante contenido patrimonial que ya se percibe en la Sentencia C-075 de 2007, en la cual la Corporación consignó que estas parejas “plantan, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual”, que la necesidad de reconocimiento jurídico de la pareja homosexual en esa oportunidad se manifestaba “en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre los integrantes” y que la falta de reconocimiento atentaba contra la dignidad de los integrantes de la pareja, lesionaba su autonomía y capacidad de autodeterminación “al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida produzca efectos jurídico patrimoniales”. Similar contenido patrimonial se advierte en lo atinente a la porción conyugal o a la pensión de sobrevivientes y procede admitir lo propio respecto de la obligación alimentaria que, conforme lo anotó la Corte, “hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho” y, por lo mismo, “debe estar regulada, al menos en principio, de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales o de las parejas heterosexuales”, habida cuenta de que los compañeros permanentes “pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual” y de que “el dato sobre la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja y por consiguiente no puede ser utilizado, al menos en principio y salvo alguna poderosa razón fundada en objetivos constitucionales imperativos, para diferenciarla”. En tercer y último lugar, la Corte observa que en las sentencias reseñadas no se estima indispensable abordar el concepto constitucional de familia protegida y la protección se brinda en nombre de la realización de un proyecto de vida como pareja, mientras que en otras decisiones, o aun en apartes diferentes de una misma providencia, parece explícita la invocación del criterio de conformidad con el cual la familia protegida es la heterosexual y monogámica y existe una diferencia “entre el concepto constitucional de familia y el de una relación homosexual permanente”, pues la concepción de la familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia.

FAMILIA-Carácter flexible

La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez”, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares”. A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que “en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”, de manera que “la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”. El “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”. Conforme ha sido expuesto, la interpretación tradicional del artículo 42 de la Carta que ha permitido sostener que la única familia constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica consiste en ligar los vínculos jurídicos que le dan origen a la mención “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” y los vínculos naturales a la frase “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde surge que solo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege.

PAREJA HOMOSEXUAL Y EL CONCEPTO DE FAMILIA-
Jurisprudencia constitucional/**PROTECCION DE PAREJAS**
HOMOSEXUALES-Criterios jurisprudenciales

PERSONAS HOMOSEXUALES Y EL MATRIMONIO/UNIONES
HOMOSEXUALES-Exclusión del concepto de familia
constitucionalmente protegida

MATRIMONIO-Forma de constituir la familia heterosexual cuando
manifiesta su consentimiento y lo celebra

PROTECCION DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES-Medidas jurisprudencialmente adoptadas

DEFICIT DE PROTECCION-Configuración por ausencia de previsión legal para aplicación de ventajas o beneficios a parejas del mismo sexo

RECONOCIMIENTO DE LAS UNIONES DE PAREJAS DEL MISMO SEXO-Derecho comparado/**UNION CIVIL O REGISTRADA**-Institución en el derecho comparado

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO PARA LOS HETEROSEXUALES-No implica necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja homosexual/**DERECHOS DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES EN EL AMBITO FAMILIAR**-Déficit de protección

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

DEFICIT DE PROTECCION-Configuración por carencia de institución que posibilite formalizar y solemnizar vínculo entre parejas del mismo sexo

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Carecen de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales/**PAREJAS HOMOSEXUALES**-Derecho a decidir si constituyen familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho

Actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales. En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales. No se puede desconocer que en esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho cuando de formar familia se trate, o quede sujeta a lo que la Corte vaya concediendo, siempre que tenga la oportunidad de producir una equiparación en un campo específico. Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual. No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación homosexual, que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia.

PAREJAS HOMOSEXUALES DECIDIDAS A CONFORMAR FAMILIA Y SU DESARROLLO CONCRETO-Decisión acerca de dicha posibilidad no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República/**LEGISLADOR**-Le corresponde definir medidas para atender requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento/**PAREJAS HOMOSEXUALES Y PAREJAS HETEROSEXUALES**-Diferencias impiden dar tratamiento igual a unas y otras/**PAREJAS HOMOSEXUALES Y PAREJAS HETEROSEXUALES**-Improcedencia de un pronunciamiento de carácter general

La decisión acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas homosexuales decididas a conformar familia y su desarrollo concreto no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República, entre otras razones, porque fuera de ser el foro democrático por excelencia, además de la faceta de derechos, la familia es la institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y su trascendencia social impone su protección mediante medidas que el órgano representativo está llamado a adoptar, con límites que pueden provenir del componente de derechos inherente a la familia o a sus miembros individualmente considerados. Los demandantes refutan la anterior tesis y alegan que para superar la discriminación y el déficit de protección la Corte debería actuar conforme lo ha hecho en otras oportunidades y, especialmente, en sentencias tales como la C-075 de 2007 o la C-029 de 2009 y que la asimilación total de la institución contractual que formalice el vínculo entre homosexuales al matrimonio estaría dentro de su marco competencial y, más aun, que los derechos en juego impondrían que esa equiparación absoluta se haga por la vía de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, además de reiterar el carácter institucional de la familia que le abre amplias posibilidades regulativas al legislador, resulta necesario atenerse a lo que se expuso en las providencias que extendieron el ámbito de protección para que comprendiera a las parejas homosexuales. Así, no se puede olvidar que, ya desde la Sentencia C-075 de 2007, la Corporación, con apoyo en la sentencia C-098 de 1996, puso de presente la existencia de “diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales” y añadió que, como consecuencia de esas diferencias, no hay “un imperativo constitucional de dar tratamiento igual a unas y otras”, correspondiéndole al legislador “definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento”. Retomando estos criterios, en la Sentencia C-029 de 2009, la Corte puntualizó que, en la medida en que existen “diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras”, por lo cual, “es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria”. Y, en la misma providencia, la

Corporación reiteró que es improcedente “efectuar un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contraria a la Constitución”, puesto que “se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria”.

ANALOGIA-Aplicación en control de constitucionalidad/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**-Doctrinariamente y en la práctica se ha aceptado que cuando las circunstancias lo permiten, ciertos supuestos de omisión relativa e inconstitucional puedan ser superados mediante la analogía

Doctrinariamente y en la práctica del control de constitucionalidad adelantado por esta colegiatura se ha aceptado que, cuando las circunstancias lo permiten, ciertos supuestos de omisión relativa e inconstitucional puedan ser superados mediante la analogía, demostración de lo cual se halla en las Sentencias C-075 de 2007 y C-029 de 2009 que, en forma por demás recurrente, se refieren al carácter “asimilable” de las situaciones concretas y amplían la protección, siempre y cuando “en relación con cada una de las disposiciones demandadas, la situación de las parejas heterosexuales y homosexuales es asimilable”, caso en el cual la diferencia de trato resulta del “carácter restrictivo que, en general, tienen las expresiones compañero o compañera permanente”. Ha de repararse en que el carácter analogizable al que se refieren los demandantes se ha presentado en situaciones concretas, delimitadas por los supuestos normativos previamente proporcionados por el legislador y que, precisamente, la protección de la Corte se ha concedido respecto de específicos beneficios, prestaciones o cargas que el legislador, de manera restrictiva, reservó a las parejas heterosexuales que conforman una unión de hecho, debido a lo cual bastó con extender el demarcado ámbito de protección con la finalidad de que también cobijara a las parejas homosexuales. Doctrinariamente se ha destacado que el recurso a la analogía es de gran utilidad cuando el juez constitucional enfrenta cuestiones en las que normalmente hay un amplio desacuerdo en la sociedad plural y se encuentran involucradas disputas de profunda índole moral, pues limitándose a extender a otras personas o grupos el ámbito de los cobijados por alguna medida específica, da una respuesta basada en lo que el legislador ha dispuesto en relación con un caso asimilable a la situación concreta no prevista en el respectivo precepto, manteniéndose dentro del ámbito de sus competencias, con total respeto por la facultad configurativa del legislador, cuyas competencias no resultan invadidas por la sentencia constitucional. La bondad de la analogía radica en que, no obstante las disputas y desacuerdos entre distintos grupos y personas, es posible ponerse de acuerdo en una regla, pero esa regla tiene que ser concreta para sustraer al juez de las altas discusiones filosóficas o morales y permitirle decidir sobre temas complejos con un grado bajo de abstracción, basado en las reglas específicas y en las condiciones particulares de los casos que, a partir del

derecho a la igualdad, permitan dilucidar cuáles situaciones deben ser tratadas de manera igual y cuáles de manera diferente, en forma tal que las grandes y profundas discrepancias se surtan y tengan su trámite en los foros de deliberación democrática.

PAREJAS HETEROSEXUALES Y HOMOSEXUALES-No hay un imperativo constitucional de darles tratamiento igual, ya que, a causa de la no semejanza de supuestos, es improcedente la analogía total/**JUEZ CONSTITUCIONAL**-Le corresponde actuar de manera singular, examinar aspectos concretos, ya patrimoniales o personales, siempre que para cada supuesto haya figuras afines en el ordenamiento/**JUEZ CONSTITUCIONAL**-No le corresponde sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales

Con acierto se ha escrito que cuando jurisprudencia como la de la Corte Constitucional ha señalado que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, no hay un imperativo constitucional de darles tratamiento igual, ya que, a causa “de la no semejanza de supuestos”, es improcedente la analogía total y, por consiguiente, al juez constitucional le corresponde actuar de manera singular, examinar aspectos concretos, ya patrimoniales o personales, siempre que para cada supuesto haya figuras afines en el ordenamiento. Importa destacar que, de acuerdo con la Corte, la determinación “del tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido”, por lo cual, “al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales”, aunque sí le compete determinar si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida.

DECISION CONSTITUCIONAL DE RESERVAR A LA LEY LO RELATIVO A LA FAMILIA Y AL MATRIMONIO-Implica la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo

La decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica “la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo” y, por ello, la Corte Constitucional “no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social”. De las precedentes consideraciones, y en especial de los datos provenientes del derecho comparado, se desprende que el legislador tiene un amplio abanico de

alternativas para regular lo concerniente a la institución contractual llamada a remediar el déficit de protección de las parejas homosexuales y que, por lo mismo, no le atañe a la Corte determinar cuál es esa específica institución, con qué alcance debe ser diseñada y mucho menos valerse de la analogía para procurar unas asimilaciones totales que anularían las competencias del Congreso de la República y le restarían legitimidad a esta sentencia. Al legislador atañe, entonces, determinar la manera como se pueda formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él y, por lo tanto, la Corte entiende que al órgano representativo le está reservada la libertad para asignarle la denominación que estime apropiada para ese vínculo, así como para definir su alcance, en el entendimiento de que, más que el nombre, lo que interesa son las especificidades que identifiquen los derechos y las obligaciones propias de dicha relación jurídica y la manera como esta se formaliza y perfecciona. En un panorama en el cual la homosexualidad se ha tornado más visible y goza de mayor aceptación, las reivindicaciones deben ventilarse no solo ante la Corte Constitucional, sino adicional y primordialmente ante el Congreso de la República, en cuyo seno, según la dinámica de la política, las minorías pueden aliarse a la representación de otros partidos y movimientos para configurar, permanentemente o en relación con un tema, una coalición mayoritaria capaz de sacar adelante proyectos en los que tenga interés un grupo o sector, así sea minoritario. Como lo expresaron los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, en aclaración de voto a la Sentencia C-098 de 1996, “se abre un espacio de controversia y reivindicación de pretensiones de justicia, que deben tramitarse en el foro público de la democracia”, sin que pueda esperarse “que el expediente fácil de una interpretación analógica, sustituya lo que debe ser fruto de una decidida y valerosa lucha política”.

REGULACION DEL MATRIMONIO-alcance de la expresión “un hombre y una mujer”/REGULACION DEL MATRIMONIO ENTRE HETEROSEXUALES-Inaplicación del test estricto de proporcionalidad/REGULACION DEL MATRIMONIO ENTRE HETEROSEXUALES-No se incurre en omisión legislativa de carácter relativo

REGULACION DEL MATRIMONIO ENTRE HETEROSEXUALES-No viola los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad

Los instrumentos internacionales, al igual que las normas acusadas, se refieren a que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer” y no cabe deducir “que el derecho internacional de los derechos humanos establece una obligación a los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como lo ha afirmado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, sino que, por el contrario “tribunales de derechos humanos han validado que de

manera objetiva el texto internacional no obliga a los estados al matrimonio de parejas homosexuales”, de donde surge que el cargo incumple el requisito de certeza, pues la lectura del demandante en modo alguno es atribuible a la expresión demandada

REGULACION DEL MATRIMONIO-Improcedencia de integración normativa

No procede la integración normativa con todas las disposiciones referentes al matrimonio, ya que, de un lado, esa clase de integración es excepcional y la hipótesis que la justifica es, precisamente, la inconstitucionalidad, pues se debe evitar que su declaración resulte inane porque subsistan en el ordenamiento otras disposiciones que mantengan contenidos ya juzgados como contrarios a la Constitución y, de otro lado, no cabe un pronunciamiento general, porque no se ha declarado la inconstitucionalidad y porque la Corte no puede proceder a realizar una igualación partiendo de máximos, como los involucrados en instituciones tales como el matrimonio o la que se prevea para los homosexuales que, se repite, comportan el establecimiento de regímenes que involucran muy diversas y abundantes materias que compete al legislador desarrollar.

REGULACION DEL MATRIMONIO-Alcance de la expresión “de procrear”/PROCREACION-Definición

En cuanto a la expresión “de procrear”, del artículo 113 del Código Civil, la acusación versa sobre el desconocimiento de los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, que garantizan la opción de no tener ningún hijo, así como sobre el desconocimiento de los derechos de la mujer, dado que debe asumir cargas especiales, en razón de cuestiones biológicas y culturales relacionadas con la reproducción de la especie. El planteamiento supone que, en la forma como aparece mencionada en el artículo 113 del Código Civil, al considerarla uno de los fines del matrimonio, la procreación implica una imposición a los contrayentes, quienes no podrían, en ningún caso, sustraerse de ella y sucede que eso no es así, porque el matrimonio genera una vinculación jurídica que surge del consentimiento expresado por la pareja heterosexual, mas no de su aptitud para procrear, lo que puede o no suceder y, en caso de no acontecer, no suprime el carácter de familia al cual han accedido los cónyuges en virtud de la expresión de su consentimiento. Por esa razón es factible el matrimonio de ancianos, el matrimonio in extremis o el celebrado por personas conscientes de su infertilidad o que, con fundamento en respetables criterios, han decidido no tener hijos e incluso abstenerse de mantener relaciones sexuales, habida cuenta, además, de que, conforme se ha expuesto, toda familia se funda en el afecto y la solidaridad que alientan el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la feliz realización de cada uno de sus integrantes. Más aun, la unión

sexual de la pareja, orientada a la reproducción, puede darse y, pese a ello, frustrarse el propósito de engendrar descendencia por circunstancias no dependientes de la voluntad de los esposos. La procreación no es, entonces, una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Los mismos demandantes, en apartado posterior de su escrito admiten que “la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato”. Ciertamente el artículo 42 de la Constitución establece que “la pareja tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y como tantos derechos, entre ellos los relativos a la familia y al matrimonio, tiene una faceta positiva y una faceta negativa. De acuerdo con su faceta positiva, la pareja tiene la facultad para decidir tener hijos en la cantidad que libremente resuelvan los esposos, pero de acuerdo con la faceta negativa libremente los cónyuges tienen la prerrogativa de decidir no tener descendencia. Así lo ha estimado la Corte al señalar que la libertad de fundar una familia tiene dimensiones positivas y negativas e incluye “la libertad de reproducirse o no hacerlo”. El contenido del derecho está integrado por las dos facetas y no solo por la negativa como lo entienden los demandantes, motivo por el cual su interpretación del establecimiento de la procreación como finalidad del matrimonio es desacertada, pues no existe imposición alguna en el sentido de tener hijos. Así, en caso de optar por no tenerlos, la decisión de la pareja tiene respaldo jurídico, pero si deciden tenerlos el apoyo legal dado por la inclusión de la procreación como fin del matrimonio es importante para la pareja y, sobre todo, para los hijos habidos en el matrimonio, quienes tienen derecho a su familia biológica y son sujetos de especial protección constitucional. En cuanto al papel de la mujer en relación con la reproducción, cabe apuntar que las consecuencias negativas aducidas por los actores no tienen su origen en la disposición atacada, que se limita a incluir la procreación como fin del matrimonio, pero no ordena que la mujer tenga que asumir cargas agobiantes, lo que más bien proviene, como dicen los actores, de causas biológicas o culturales que no son creadas ni alentadas por la expresión demandada, debiéndose tener en cuenta que, según la Constitución, la decisión acerca del número de hijos no puede ser el resultado de la imposición de uno de los cónyuges al otro, sino que ha de ser tomada por “la pareja”, que incluye a la mujer.

EXHORTO AL CONGRESO-Objeto/DEFICIT DE PROTECCION QUE AFECTA A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO-Exhorto al Congreso de la República

Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.

Demandantes:

Expediente D-8367: Carlos Andrés Echeverry Restrepo.

Expediente D-8376: Marcela Sánchez Buitrago, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez, César Rodríguez Garavito, Mauricio Noguera Rojas, Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil once (2011)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, establecida en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo demandó algunas expresiones del artículo 113 del Código Civil y, de otra parte, los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, directora ejecutiva de Colombia Diversa, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez y César Rodríguez Garavito, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA, Mauricio Noguera Rojas, abogado de Colombia Diversa, así como Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal, demandaron algunas expresiones contenidas en el

artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.

Mediante Auto del doce (12) de enero de dos mil once (2011), el Magistrado Sustanciador resolvió admitir las demandas, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó comunicar la demanda al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior e invitar a los Decanos de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad de los Andes, la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad del Atlántico y la Universidad del Norte para que, en caso de estimarlo conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de rendir concepto sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de las demandas presentadas.

II. LOS TEXTOS DEMANDADOS

A continuación se transcriben los textos de los artículos 113 del Código Civil, 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009 y se subrayan los segmentos demandados.

CODIGO CIVIL
(...)
TITULO IV
DEL MATRIMONIO

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

Ley 294 de 1996
(Julio 16)
Diario Oficial No. 42.836 de 22 de junio de 1996

Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

TITULO I

OBJETO, DEFINICION Y PRINCIPIOS GENERALES

ARTICULO 2º. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

LEY 1361 DE 2009

(Diciembre 3)

Diario Oficial No. 47.552 de 3 de diciembre de 2009

Por la cual se crea la Ley de Protección integral de la Familia

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 2º. DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

Familia. Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

III. LAS DEMANDAS

1. Demanda del Ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo

La demanda del ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo se dirige en contra de las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear”, contenidas en el artículo 113 del Código Civil, por considerarlas contrarias al preámbulo y a los artículos 1, 2, 4, 12, 13, 16, 42, 43 y 93 de la Constitución.

Para exponer el concepto de la violación, el demandante dedica un primer apartado a “la noción de familia y matrimonio contenidos en el artículo 42 de la Constitución” e indica que cuando el mencionado precepto establece que la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, la “conjunción “o” que trae el primer inciso del artículo 42

Superior determina varias formas de reconocimiento del núcleo básico de la sociedad colombiana conocido como ‘familia’ ”, así: por vínculos jurídicos o naturales, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla.

Sostiene que estas tres formas no implican “que la institución de la familia inicia por el vínculo entre un hombre y una mujer”, pues “la indeterminación del texto conduce a concluir que tanto un hombre con vínculos con otro hombre, o una mujer con vínculos con otra mujer (parejas homosexuales) están habilitadas constitucionalmente para ser reconocidas, por la legislación civil, como familia”.

A su juicio, “quienes defienden la prohibición al matrimonio para las parejas homosexuales, argumentan equivocadamente que la Constitución estableció que ésta sólo se materializa por la relación **entre** hombres y mujeres, sin embargo, la palabra ‘entre’ que denota ‘*un estado en medio de dos cosas*’ no fue utilizada por el Constituyente en la redacción del artículo 42”, ya que la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio “no indica exclusión de la decisión de un hombre de contraer matrimonio con otro hombre, o de una mujer de hacer lo mismo con otra mujer” y si el Constituyente hubiese querido condicionar la institución del matrimonio solo a parejas heterosexuales habría utilizado el vocablo “entre” o hubiese repetido la redacción del artículo 113 del Código Civil, según el cual “un hombre y una mujer se unen”.

Señala que en la Constitución no se circunscribió el matrimonio civil a parejas heterosexuales, porque cuando el artículo 42 superior prescribe que la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, “la Constitución no dice que solamente con una persona del sexo opuesto”.

Indica que otra forma de manejar el término citado consiste en formular la pregunta ¿con quién (es) contrae (n) matrimonio ese hombre y esa mujer?, que tiene “tres respuestas, todas correctas”, a saber: el primero con otro hombre y la segunda con otra mujer, el primero con una mujer y la segunda con un hombre o entre ese hombre y esa mujer, de manera que si se hubiese incluido la palabra “entre” en la redacción del artículo 42 “no habría entonces posibilidad de impugnar el artículo 113 del Código Civil y la respuesta correcta a la pregunta anterior sería, solamente, la No. 3”.

Añade que el anterior argumento resulta fortalecido al considerar que “si las decisiones deben ser libres -como lo indica el artículo 42 de la Constitución- para que se materialice la institución jurídica del matrimonio, entonces en función del principio de libertad no puede condicionarse la voluntad de una persona a contraerlo exclusivamente con otra del sexo opuesto, ya que el Estado estaría vulnerando el núcleo esencial del derecho a la libertad”, porque “es ésta **decisión libre** la condición *sine qua non* para que tanto hombres como mujeres puedan celebrar el contrato solemne del matrimonio civil con personas de su

mismo sexo o de sexos opuestos”, pues las decisiones libres “no pueden predicarse solamente de parejas heterosexuales ni el Estado puede reconocer, jurídicamente, sólo las decisiones manifestadas por dichas parejas”, ya que se “estaría protegiendo e incentivando un trato discriminatorio con los homosexuales”.

A continuación se refiere al inciso 5 del artículo 42 de la Constitución, de conformidad con el cual la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, “sin entrar a delimitar la exclusividad de tal disposición para las parejas heterosexuales”, puesto que la redacción del primer inciso “lleva a concluir que el Constituyente quería ampliar el espectro de las parejas que quieren que la legislación civil les reconozca el matrimonio y no circunscribir tal institución, únicamente, a las heterosexuales”, siendo previsible, entonces, “que el desarrollo del artículo 42 tampoco volviera a hacer énfasis en la supuesta ‘exclusividad’ de las parejas heterosexuales de ser beneficiadas con el matrimonio civil, pues la frase inicial del inciso 5 del artículo 42 de la Constitución, “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente...” es indeterminada y la expresión “la pareja” puede predicarse tanto de las constituidas por personas heterosexuales, como las integradas por homosexuales”.

Agrega que el inciso 6 del artículo 42 superior establece que “las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil” y que, precisamente, “las disposiciones de la legislación civil que desarrollan en forma general la institución del matrimonio se encuentran en el Título IV del Código Civil”, del que hace parte el artículo 113, parcialmente demandado, que define el matrimonio como un contrato solemne por el cual “un hombre y una mujer se unen”, condicionando de tal modo “el reconocimiento del matrimonio civil a parejas heterosexuales (sólo la unión de hombres y mujeres) en contravía con lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución que, como se explicó, no restringe el derecho de las parejas homosexuales de beneficiarse con la institución del matrimonio civil”.

Asevera que el mantener esa exclusividad o reserva de una institución jurídica a las parejas heterosexuales “representaría una carga desproporcionada para las parejas del mismo sexo que desean que un Estado Laico no continúe observando disposiciones arcaicas que entran en conflicto con lo realmente preceptuado por el artículo 42 de la Constitución”.

Manifiesta, además, que al comparar la frase “*de procrear*” contenida en el artículo 113 del Código Civil, con lo consagrado en los incisos 4 y 5 del artículo 42 de la Constitución, se evidencia “una abierta oposición a lo dispuesto por la norma de normas”, porque según el Diccionario de la Real Academia Española “la palabra ‘*procrear*’ hace referencia, a engendrar, “multiplicar una especie”, lo que significa crear un ser humano “por medios naturales o científicos”.

Arguye que “el artículo 113 del Código Civil no puede imponer como una de las finalidades del matrimonio la de “procrear”, por las siguientes razones: (i) el matrimonio, como contrato de naturaleza civil, también debe observar el principio de la autonomía de la voluntad y (ii) “las parejas que formalizan su relación a través de la institución del matrimonio pueden o no determinar, amparados en su libre consentimiento, si desean o no procrear, por lo cual no se puede fijar como finalidad del matrimonio la de engendrar, por cuanto se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad”.

Además, (iii) el Estado “no puede imponer la finalidad de procrear como acción exclusiva del matrimonio ya que ésta puede realizarse sin mediar el contrato del matrimonio, adicionalmente esa finalidad excluye otras formas de tener hijos que integran a la familia -anteriormente descartadas por el Código Civil- como la de los hijos habidos fuera del matrimonio”, a más de lo cual (iv) “el inciso 5 del artículo 42 de la Constitución señala que la pareja tiene “*derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos*” y en virtud de tal ‘*decisión libre*’ una pareja no está obligada a procrear”, por lo que “no resulta procedente imponer, por vía legal, dicha finalidad para ser obligatoriamente observada por quienes celebran matrimonio civil”, (v) destacándose “el caso de parejas heterosexuales que celebraron matrimonio y que decidieron no engendrar o adoptar hijos, sin embargo, pese a su respetable decisión no puede predicarse que faltaron a la ‘finalidad’ del matrimonio, o que el Estado, por no alcanzar esa pareja la finalidad de procreación, entonces estaría habilitado para anular su matrimonio civil”.

A continuación dedica un apartado de la demanda al “concepto de igualdad contenido en el preámbulo, en el artículo 13 y en el artículo 43 de la Constitución y, con la finalidad de demostrar su violación, puntualiza que, de acuerdo con el artículo parcialmente demandado, una de las finalidades del matrimonio es la de prestarse auxilio mutuo y, aunque se considere que no es necesario aceptar el matrimonio de homosexuales para que estas parejas se den ese auxilio, “debe aclararse que se habla de una correspondencia de cara a la sociedad, pública, sin restricciones formalistas que los obligue a ‘auxiliarse mutuamente’ en la más ínicua de las clandestinidades”.

Al limitar ese auxilio mutuo al hombre y la mujer unidos, en forma pública y merced al matrimonio, “se mantiene una carga desproporcionada e irrazonable” sobre los homosexuales, “tradicionalmente marginados de la vida social colombiana, en parte por la pervivencia de disposiciones legales discriminatorias como las demandadas con la presente acción pública de inconstitucionalidad”.

Enfatiza que a la luz de la interpretación del artículo 42 de la Carta, el artículo acusado favorece “un trato desigual e injustificado, totalmente violatorio de lo dispuesto en el artículo 13 Superior que establece, claramente, que todas las personas deben recibir igual trato por parte de las autoridades así como serles garantizados el disfrute de los mismos derechos, en este caso, el goce del

derecho del matrimonio, de celebrar un contrato con su pareja que sea reconocido, públicamente, tanto por la legislación civil como por la sociedad, con el fin de ir derrumbando prejuicios inaceptables sobre un subgrupo (homosexuales) tradicionalmente discriminado y marginado”.

Expresa que el artículo 113 del Código Civil, en lo acusado, no permite “inferir un ‘objetivo constitucionalmente relevante’ para sustentar la exclusividad del matrimonio civil a las parejas heterosexuales” y a continuación reitera que la procreación y la supervivencia de la especie constituyen una finalidad del matrimonio que “no puede ser considerada acorde a la Constitución”, puesto que “la norma de normas señala que es de libre decisión de la pareja el determinar si quieren, o no, tener hijos, así como definir su número” y “existen matrimonios de parejas heterosexuales que han resuelto no procrear o adoptar hijos, lo cual refuta esa tesis”.

Agrega que tampoco cabe aducir que la prohibición del matrimonio de las parejas del mismo sexo se sustenta en el carácter de enfermedad atribuido a la homosexualidad, porque, fuera de lo despreciable de la tesis, “tampoco sería de recibo desde el punto de vista constitucional, por cuanto existen miembros de parejas heterosexuales que en el momento de contraer matrimonio civil saben que sufren de diferentes enfermedades mentales (depresiones, trastornos bipolares, etc.) o físicas (cáncer, diabetes, etc.)” que, sin embargo, “no se convierten en impedimentos suficientes para que el Estado les niegue la posibilidad de contraer matrimonio civil”, por lo cual la restricción basada en la supuesta enfermedad “sería una carga desproporcionada ya que a las parejas heterosexuales se les reconoce la institución jurídica del matrimonio civil aún cuando sean conscientes de que sufren una enfermedad física o mental”.

Con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional, el demandante considera que “no es posible determinar con claridad el origen del trato diferenciado que se hace a esas parejas en nuestra legislación civil, esto es, la norma no explica el porqué del trato diferente a las parejas heterosexuales cuando les reconoce su posibilidad de contraer matrimonio”, no obstante lo cual estima que “puede argumentarse que la *procreación* es la justificación del trato discriminatorio”.

Después alude al artículo 43 de la Constitución de conformidad con el cual “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y añade que el artículo 113 del Código Civil vulnera “la norma constitucional citada, debido a que solamente se acepta la igualdad del derecho a celebrar el contrato solemne del matrimonio civil a los hombres y mujeres heterosexuales, dejando por fuera a los hombres y mujeres homosexuales”, además de lo cual la disposición citada también establece que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”, de modo que “la prohibición del matrimonio civil para parejas del mismo sexo va en franca violación de la disposición constitucional de marras”, pues “las parejas lesbianas son discriminadas en razón a su orientación

sexual y la diferencia de trato se evidencia en la imposibilidad de que éstas accedan al contrato solemne del matrimonio civil”.

Acto seguido menciona el derecho al desarrollo de la libre personalidad que, en su criterio, se les niega a las personas del mismo sexo al impedirles el matrimonio civil, porque no puede desarrollarse libremente la personalidad si la orientación sexual de la pareja debe permanecer en la clandestinidad, porque el Estado no acepta garantizarles una formalidad legal que les permita manifestar públicamente una opción de vida marital que “seguramente le dará sentido a su existencia y permitirá su realización como ser humano”.

Señala que la “tradicción legal y religiosa del país ha llevado, a algunos, a ocultar su orientación sexual y a ‘*camuflarse*’ como heterosexuales para gozar del derecho legal del contrato solemne del matrimonio civil con el ánimo de disfrutar de otros derechos y no ser percibido, por el resto de la sociedad, como un *fenómeno de circo*” e indica que el Derecho “tiene el deber de adecuarse a los tiempos, así como la obligación de eliminar prácticas discriminatorias y generadoras de odio o rencor social” y que “el reconocimiento del matrimonio civil a las parejas homosexuales llevará, en un futuro, a un cambio de percepción de la sociedad frente a estas personas, lo cual permitirá materializar su derecho al libre desarrollo de la personalidad en forma pública, a través de una de las instituciones máspreciadas del Derecho: el matrimonio”, sin que pueda advertirse “en qué puede afectar los derechos de los demás el hecho de reconocer, a las parejas homosexuales, su prerrogativa a contraer matrimonio”.

A continuación el actor hace referencia al principio de la dignidad humana, a algunos fines del Estado y a los tratos degradantes e inicia su exposición aseverando que la negación del matrimonio civil a las personas del mismo sexo “busca anular la ‘*condición humana*’ del homosexual”, dado que, por su orientación sexual, “se les excluye del reconocimiento de un derecho propio no de hombres y mujeres heterosexuales, sino propio de la especie humana”, siendo que no hay razón para mantener y fomentar “la creencia generalizada en cierta franja de la comunidad homosexual -y en la heterosexual- que la orientación sexual es motivo suficiente para calificar a ciertos subgrupos -por parte de una ‘mayoría jurídica’- como hombres y mujeres ‘*inacabados e imperfectos*’ ”.

Los requerimientos formalistas y carentes de justificación racional, asegura el demandante, desconocen la condición del ser humano como fin en sí mismo y contradicen el postulado kantiano de la autonomía de la voluntad. De otra parte, “la anulación de la condición humana del homosexual por medio de la negación de la institución del matrimonio civil, lleva al Estado a incumplir dos de sus fines consagrados en el artículo 2 de la Constitución: garantizar la efectividad de los principios y derechos y asegurar la convivencia pacífica y un orden justo”, ya que “no se puede hablar de un orden justo o de una convivencia pacífica cuando en nuestra sociedad se aceptan clasificaciones irracionales que

llevan a considerar a unos y otros como ciudadanos de segunda categoría, ora por su condición social y económica, ora por su orientación sexual”.

Manifiesta que “la anulación de la condición humana al homosexual es un trato degradante que debe ser proscrito de nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo obliga el artículo 12 de la Constitución”, pues aparte de palabras o frases denigrantes o de chistes “socialmente aceptados que desprecian la orientación sexual de las personas”, los homosexuales “también deben cargar un lastre adicional cual es la negativa legal del reconocimiento del matrimonio civil, esto, aun cuando no se perciba en forma explícita, sí es una sutil forma de continuar tratando, en forma degradante, irracional y discriminatoria a esta población”.

Con fundamento en criterios expuestos en la jurisprudencia constitucional, el demandante estima que “por trato degradante se puede entender la humillación causada a un individuo delante de otros o, ante sus propios ojos, así ésta no implique sufrimientos físicos o mentales de una intensidad o crueldad particular” y se pregunta si no es una humillación pública el mantener excluida a la población homosexual de una institución jurídica como el matrimonio civil, por el simple hecho de tener una orientación sexual no compartida por la tradición colombiana” y perpetuar este tipo de actos discriminatorios.

Recuerda que el señor Procurador General de la Nación, en concepto anterior, estimó que el no reconocimiento del matrimonio civil a las parejas homosexuales “no implica un trato distinto ni implica déficit de protección constitucional por cuanto a las parejas homosexuales se les ha reconocido las uniones maritales de hecho, los derechos patrimoniales, o *‘derechos relativos, entre otras temáticas, a cuestiones civiles, laborales y disciplinarias’*” y comenta que “el inicuo argumento del Jefe del Ministerio Público hubiese podido ser utilizado, en su momento, para no seguir extendiendo el abanico de derechos o de garantías constitucionales a los negros porque en su momento se aceptó que compartieran puestos en los buses públicos con blancos y tal logro era suficiente muestra de que no existía déficit de protección constitucional, por lo cual no podían reclamar el acceso a otros derechos; o negar el derecho a la mujer a abortar en ciertas situaciones pues ya se les había reconocido el derecho al voto; o el derecho a los pueblos indígenas a decidir sobre sus propios asuntos, simplemente porque, en determinado momento se les reconoció el *‘derecho’* a ser considerados miembros de la especie humana y no simples *‘bestias’* como anteriormente algunos pensaban”.

Menciona luego los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Colombia, así como la noción de bloque de constitucionalidad y señala que entre los “Tratados o Declaraciones que son parámetros del control de constitucionalidad de los apartes acusados del artículo 113 del Código Civil” se encuentra el “artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice que *‘[L]os hombre y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al*

matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio’ ” e insiste en que “el sentido de la expresión “[L]os hombre y las mujeres”, como en el caso expuesto de la redacción del artículo 42 de la Constitución, no hace referencia exclusiva a las parejas heterosexuales” y en que “de la Declaración Universal de Derechos Humanos también se puede entender que ‘los hombre y las mujeres [homosexuales o heterosexuales], a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna [en este caso por orientación sexual] a casarse y fundar una familia’ ”.

También alude al inciso 1 del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “[T]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma (...) o de cualquier índole, origen nacional o social (...) o cualquier otra condición”, exigencia en virtud de la cual, el derecho al matrimonio civil proclamado en la Declaración no puede negársele a las personas homosexuales sin que se incurra en una discriminación en razón a la orientación sexual, lo cual está proscrito por la disposición citada”.

Añade que “en el mismo sentido tenemos el segundo inciso del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el cual: ‘se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio’, derecho “aplicable a los hombres y mujeres homosexuales, debido a que también son personas y las personas, según el inciso 2 de la Convención son todos los seres humanos, razón suficiente para concluir, en forma lógica, que si un homosexual (hombre o mujer) es una persona *ergo*, debe respetársele el derecho a contraer matrimonio con otra de su mismo sexo”.

Asevera que más claro aún es el artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 que afirma que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella y concluye que “si como mencionábamos anteriormente, el artículo 42 de la Constitución establece tres formas para conformar la familia (vínculos jurídicos, decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio y la voluntad de conformarla) entonces ninguno de estos tres modos de constituir la puede impedir que cualquier persona (como lo ordena el artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) tenga derecho a hacerlo”.

Finalmente, indica que “lo expuesto permite concluir que las expresiones acusadas del artículo 113 del Código Civil vulneran las disposiciones de Tratados y Declaraciones internacionales suscritas por Colombia, las cuales, según el artículo 93 de la Constitución se convierten en parámetro de control de constitucionalidad”.

2. Demanda de la ciudadana Marcela Sánchez Buitrago y otros

En la demanda identificada con el número 8376 se estima que los apartes acusados de los artículos 113 del Código Civil, 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009 vulneran los siguientes artículos constitucionales: 1° en lo referente a la dignidad humana dentro de un Estado Social de derecho, 13 que establece la igualdad, 14 en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica y concretamente en cuanto al estado civil, 15, relativo al derecho a la intimidad y al buen nombre, 16 sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y 42 en lo atinente al derecho a la autonomía reproductiva.

2.1. Pretensiones

Señalan los demandantes que la expresión “de procrear” es inconstitucional, mientras que la otra, “un hombre y una mujer” incurre en una omisión legislativa relativa inconstitucional, por lo cual sería exequible, “pero en el entendido de que también pueden contraer matrimonio las parejas del mismo sexo” y agregan que, por unidad normativa, solicitan la inexecutable de la expresión tanto en el artículo 2° de la Ley 294 de 1996, como en el artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.

Añaden que, por razones de unidad normativa, solicitan “un condicionamiento general de la Corte, con el fin de que precise en la parte resolutive que cuando la ley en general haga referencia a cónyuges o haga referencia a ‘hombre y mujer’ al regular la institución matrimonial, en virtud del principio de protección igual de las parejas heterosexuales y del mismo sexo, debe entenderse que dichas expresiones hacen referencia también a los cónyuges o integrantes casados de las parejas del mismo sexo”.

Manifiestan que, de modo subsidiario, “y en caso de que la Corte considere que no puede recurrir a una sentencia integradora o aditiva inmediata”, piden que la Corporación “establezca una modalidad de sentencia intermedia, de ‘constitucionalidad condicionada con efectos diferidos’ ” para que “reconozca en forma inmediata el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio con base en las regulaciones básicas existentes del matrimonio y los condicionamientos anteriormente señalados a la definición legal del matrimonio”, pero que, “tomando en consideración la libertad de configuración del legislador en este campo, la Corte le otorgue un plazo de seis meses al Congreso para que regule en forma no discriminatoria el matrimonio para las parejas del mismo sexo”, de modo que la Corte podría “diferir el efecto de su condicionamiento por esos seis meses y precisar que “si el Congreso no realiza esa regulación en ese plazo, entonces debe entenderse que rige plenamente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, con base en la regulación vigente y los condicionamientos hechos por la Corte en la sentencia que profiera frente a esta demanda”.

Agregan que aún cuando la Corte “ha acogido en algunas ocasiones una doctrina según la cual los demandantes no pueden solicitar la constitucionalidad condicionada de ninguna disposición”, consideran que esa doctrina no es

constitucionalmente adecuada y que afortunadamente la Corte parece haberla abandonado en su evolución jurisprudencial reciente”, por lo cual “para evitar cualquier posibilidad de que la demanda pueda ser considerada inepta”, subsidiariamente y en caso de que la Corte no acoja la pretensión principal consistente en declarar la existencia de un omisión legislativa de carácter relativo, solicitan que la Corte (i) declare inexecutable la posible interpretación, según la cual dicha expresión excluye el matrimonio por parejas del mismo sexo, o ii) declare inexecutable dicho aparte”.

2.2. La procreación como uno de los fines del matrimonio

Después de resumir “la lógica esencial de la demanda”, los actores pasan a detallar los cargos y, en primer término, se ocupan de “la definición de la procreación como uno de los fines del matrimonio”, para demostrar que “vulnera los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad”.

A este propósito consideran que, de acuerdo con el artículo 113 del Código Civil, el objeto del contrato civil de matrimonio está dado por tres fines allí enunciados, a saber: la cohabitación, la procreación y el auxilio mutuo e indican que el establecimiento de la procreación como fin suele ser invocado “para justificar el impedimento de que las parejas homosexuales contraigan matrimonio”.

Estiman que aunque “esta finalidad no puede ser aducida como justificación del trato diferenciado dado a las parejas homosexuales, existen razones que sustentan la inconstitucionalidad de dicha expresión más allá de la cuestión de los derechos de los homosexuales”, porque considerar la procreación como finalidad del matrimonio comporta un desconocimiento de los derechos que tienen las personas que deciden contraer matrimonio a la autonomía reproductiva, previstos en el artículo 42 de la Carta, a la autonomía personal y familiar de que trata el artículo 15 y al libre desarrollo de la personalidad, contemplado en el artículo 16 superior.

Puntualizan que cuando el artículo 42 superior señala que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”, establece un derecho reproductivo que “concreta en el plano de la sexualidad los derechos a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, derecho reconocido por primera vez como fundamental en la Proclamación de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán en 1968 y luego reconocido en el documento de acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo del Cairo en 1994.

Destacan que el derecho a la autonomía reproductiva implica el derecho a determinar el número de hijos y que este, a su vez, “incluye el derecho a decidir libremente no tener ningún hijo” y que, aun cuando el artículo 42 que lo reconoce, faculta al legislador para regular lo referente al matrimonio, dicha

potestad no es absoluta, como lo ha reconocido la misma Corte Constitucional, pues el artículo 42 da cuenta de algunos límites iniciales entre los que se cuentan la igualdad de derechos y deberes de la pareja, el respeto recíproco de todos sus integrantes y la honra, la dignidad y la intimidad de la familia que son inviolables”.

Según lo expuesto en la demanda, el derecho a la autonomía reproductiva “constituye otro de los límites a la potestad del legislador” y, por ello, “le está vedado establecer en la regulación del matrimonio cualquier disposición que niegue tal derecho”, de manera que cuando se define la procreación como uno de los fines del matrimonio “el legislador desconoce el derecho a la autonomía reproductiva de los contrayentes en la medida en que ata la decisión de establecer un vínculo jurídico con la pareja a la finalidad de procrear”, motivo por el cual “las personas que deciden casarse ven seriamente restringido su derecho a la libertad de procreación” y, por consiguiente, “el derecho a decidir no tener hijos”.

A juicio de los demandantes, lo anterior comporta “una injerencia arbitraria del legislador en el ámbito de la intimidad personal y familiar de los cónyuges por cuanto afecta la libertad de estos para decidir acerca de si tienen hijos o no, la cual es una decisión que atañe exclusivamente a la esfera privada” y, por ello, se vulnera el derecho a la intimidad, una de cuyas dimensiones es la libertad “que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”.

Así pues, a juicio de los libelistas “las personas deben tener la posibilidad de optar por el matrimonio sin que esto implique someterse al designio de convertirse en padres” y negar esa posibilidad “constituye además una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad”, que permite a las personas “escoger libremente y realizar su proyecto de vida”.

A continuación destacan que a diferencia de lo que sucede con los otros dos fines del matrimonio, “frente a los que ambos cónyuges se encuentran en un nivel de igualdad, el fin de la procreación recae de un modo más fuerte sobre la mujer”, lo que evidencia con claridad la genealogía patriarcal de éste “y, en tal medida, constituye un rezago de una concepción que aboga y a la vez se sustenta en una ordenación de los sexos que resulta incompatible con el marco constitucional vigente”.

Agregan que “el mantenimiento de dicha finalidad en el orden jurídico alimenta el imaginario que ata la posición de la mujer en el marco de las relaciones de la pareja y en la familia a su rol de ‘procreadora’ ” pues, si bien la concepción, en tanto primer eslabón de la reproducción, requiere la concurrencia del hombre y de la mujer “es sobre esta última que recae el peso de la procreación, pues es ella quien tiene la capacidad biológica para gestar y dar a la luz”.

En sentir de los demandantes, el artículo 113 del Código Civil expresa la idea dominante que existía en el siglo XIX, “según la cual el destino ‘natural’ de la mujer era ser madre”, idea que “empezó a ser socavada durante el siglo XX mediante nuevas concepciones que empezaron a tener eco en el derecho internacional de los derechos humanos, como lo ha considerado la Corte Constitucional en sentencias tales como la C-355 de 2006 en la que se hace “una descripción de la evolución de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres” que incluyen el derecho a la autodeterminación reproductiva”, de modo que la interferencia del Estado o de los particulares en ese ámbito constituye una vulneración de su derecho a la intimidad.

2.3. La imposibilidad del matrimonio de parejas del mismo sexo

A continuación los demandantes se ocupan de “desarrollar los argumentos específicos en relación con la inconstitucionalidad de la imposibilidad de que las parejas conformadas por personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio” e inician su exposición mediante una referencia al “precedente judicial aplicable al presente caso” y con fundamento en que “en los últimos dos años, la Corte Constitucional llevó a cabo un giro jurisprudencial de inmensa trascendencia en materia de los de las parejas homosexuales”, giro plasmado en las sentencias C-075, C-811 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008 y C-029 de 2009 y que, según ellos, consiste en que varió una jurisprudencia que “en lo esencial garantizaba el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas homosexuales en tanto que individuos, pero sin extender la protección a las parejas y las familias conformadas por estas personas”.

En su criterio, el origen de este cambio se encuentra en la Sentencia C-075 de 2007, “en la cual la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley 54 de 1990 en el entendido que el régimen de protección a las uniones maritales de hecho allí consagrado a favor de los compañeros permanentes es aplicable a las parejas del mismo sexo” y, aunque el alcance se encuentra restringido al régimen patrimonial, el nuevo precedente radica en que “si bien pueden existir diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, ambos tipos de parejas tienen unos “requerimientos análogos de protección”, derivados del mismo valor y dignidad de unas y otras parejas, así como “de que la libre opción sexual se ejercita y tiene efectos en el ámbito de la vida en relación, por lo cual las parejas del mismo sexo demuestran necesidades similares que las parejas heterosexuales para lograr la realización de su proyecto de vida en común”.

Los actores aducen que la Corte estableció dos importantes subreglas jurisprudenciales, pues determinó que el trato diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad, pues se presume discriminatorio y la presunción solo puede desvirtuarse si se prueba que el mismo (i) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) es adecuado y necesario para cumplir con

ese objetivo y (iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos”.

Además, “la Corte estableció que, en los eventos en los cuales la aplicación del test estricto de proporcionalidad conduce a constatar una ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad de las parejas homosexuales y un consecuente vacío legal de protección de las mismas, la situación constituye una violación del deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a esas parejas, derivado de los requerimientos análogos de protección”.

Informan que las anteriores subreglas han sido utilizadas en sentencias como la C-811 de 2007 en la que se entendió que el régimen de cobertura familiar del plan obligatorio de salud del régimen contributivo también es aplicable a las parejas del mismo sexo y, si bien se aplicó como marco de referencia la Sentencia C-075 de 2007, esta decisión “aportó elementos relevantes para la consolidación del precedente sobre la materia”, particularmente al concluir, a propósito de un precepto referente a la protección de la familia, que no era necesaria la exclusión de las parejas del mismo sexo, pues tal “propósito podía lograrse perfectamente con la inclusión de las parejas del mismo sexo, inclusión que en nada reduciría la protección acordada a las familias y parejas heterosexuales”.

Estiman que lo anterior implica un giro radical de la jurisprudencia anterior “en la cual había considerado a la protección de la familia heterosexual como una justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a parejas heterosexuales”.

Luego hacen referencia a las sentencias T-856 de 2007 y C-336 de 2008 en la que se extendió a las parejas permanentes del mismo sexo la protección propia de la pensión de sobrevivientes y, finalmente, citan la sentencia C-029 de 2009, mediante la cual la Corte declaró “la constitucionalidad condicionada de una serie de normas que establecían beneficios o cargas que tenían como destinatarios a las parejas heterosexuales, pero que excluían a las homosexuales”, tras haber estimado que “la aplicación del test estricto está sujeta a la constatación de que ambos tipos de pareja se encuentren en una situación semejante en relación con las disposiciones que no incluyen a las primeras en su ámbito de protección”.

Concluyen que las mencionadas sentencias “conforman un precedente consolidado en materia de derechos de parejas homosexuales que resulta plenamente aplicable al caso objeto de esta demanda”, toda vez que el artículo 113 del Código Civil otorga un trato diferenciado a estas parejas al impedirles celebrar el contrato de matrimonio”.

2.4. La similitud de las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a requerimientos de protección que solo brinda el matrimonio

A continuación se ocupan de demostrar que “las parejas heterosexuales y las homosexuales se encuentran en una situación asimilable en lo que respecta a los requerimientos de protección que solo pueden ser satisfechos con el contrato de matrimonio” y al afecto aducen que antes de la sentencia C-075 de 2007 la Corte se había referido a las diferencias existentes entre estas parejas y las heterosexuales “y con ellas había afincado la justificación de su tratamiento desigual”.

Citan la sentencia C-098 de 1996 en la que la Corte se pronunció a favor de la constitucionalidad de la exclusión de las parejas homosexuales en el régimen de protección para las uniones maritales de hecho en la Ley 54 de 1990, después de haber considerado que solo las uniones heterosexuales conforman una familia y pueden procrear, a diferencia de lo que sucede con las uniones entre personas del mismo sexo.

Enfatizan que “en sus pronunciamientos posteriores, la Corte Constitucional no ha desconocido la existencia de tales diferencias, pero ha modificado el lugar que ocupan las mismas en el análisis de la constitucionalidad de las disposiciones que establecen medidas de protección o cargas únicamente para las parejas heterosexuales” y ponen de presente que, en su más reciente fallo, la Corte indicó que, dadas las diferencias entre los dos tipos de parejas, “no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras” y que “para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria”.

Insisten en que la Sentencia C-075 de 2007 introdujo un cambio en cuanto hace al análisis de las diferencias entre los dos tipos de parejas, porque antes “el carácter asimilable de la situación de uno y otro tipo de pareja no tenía lugar dentro del análisis de constitucionalidad” que se fundaba en las advertidas diferencias y “precisamente porque el carácter análogo de la situación era obviado, no se aplicaba el test estricto que, conforme al precedente vigente, es menester aplicar”.

Así pues, el presupuesto para aplicar el test estricto es que, en el caso concreto, las parejas se encuentren en una situación asimilable que, según los actores, “se determina en virtud de la existencia de requerimientos análogos de protección en el caso concreto y por tal razón, las diferencias que existen entre las parejas homosexuales y heterosexuales solo pueden ser tenidas en cuenta para desdecir tal carácter en la medida en que de las mismas se desprenda la inexistencia de necesidades análogas de protección frente a lo establecido en la norma que excluye de su ámbito a las parejas homosexuales”.

Afirman que “la diferencia fundada en que solo la pareja heterosexual puede constituir una familia, no puede servir de base para negar *prima facie* el carácter asimilable de estos dos tipos de pareja respecto al contrato de matrimonio y

evitar, de este modo, la aplicación del test estricto”, pues de conformidad con el precedente vigente, “esta diferencia cobra relevancia, pero dentro de la aplicación del test, no para fijar su procedencia”.

Señalan que en este sentido, “así como no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, tampoco la adscripción de las primeras a la noción de familia puede justificar *per se* el trato discriminatorio” y añaden que “en tanto imperativo constitucional, la protección especial de la familia heterosexual debe someterse en cada caso concreto al análisis propio del test estricto de proporcionalidad, pues lo contrario implicaría un retorno a la jurisprudencia anterior a la sentencia C-075 de 2007” y un desconocimiento del precedente vigente.

En cuanto a la diferencia fincada en la capacidad natural de procrear llaman la atención acerca de que lo debatido en su demanda es la procreación como uno de los fines del contrato de matrimonio y exponen que “la diferencia basada en este aspecto no puede ser en principio tenida en cuenta para negar la situación análoga en la que se encuentran ambos tipos de pareja frente al contrato de matrimonio, ni mucho menos para justificar el trato discriminatorio”.

Aseveran que aun si la Corte encuentra que la procreación como fin del matrimonio es constitucional, “la diferencia anotada no desvirtúa el carácter asimilable de la situación de las parejas homosexuales y las heterosexuales en este caso concreto” y explican que “la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato”, tal como lo ha resaltado el profesor Monroy Cabra al indicar que “no hay vicio alguno en que el contrato de matrimonio se celebre entre dos personas que, en virtud de la vejez, la disfunción sexual o la infertilidad, no tengan capacidad de procrear”.

De acuerdo con lo anterior puntualizan que la capacidad de procrear como fundamento del carácter no asimilable de las parejas heterosexuales y homosexuales “se sustenta en una comparación incompleta y sesgada que parte del presupuesto erróneo de que todas las parejas heterosexuales son aptas para procrear” y hacen énfasis en que “para que la comparación sea completa e imparcial es necesario incluir todas las variables que constituyen las categorías a comparar”, de lo que resulta que “es forzoso reconocer que, en lo que respecta a la cuestión de la procreación, las parejas homosexuales se encuentran en la misma situación que las parejas heterosexuales que no pueden engendrar”.

Concluyen, entonces, que “las parejas homosexuales y las heterosexuales se encuentran en una situación análoga en este caso concreto, es decir, respecto a los requerimientos de protección que solo pueden ser satisfechos mediante la celebración del contrato de matrimonio”. Esta situación análoga “se desprende de los aspectos que resultan comunes a ambos tipos de parejas y de los cuales se derivan unas expectativas de protección jurídica semejantes”.

Ponen de manifiesto que los otros dos fines que constituyen el objeto del contrato de matrimonio pueden ser y son “válidamente perseguidos por las parejas que proyectan una vida en común con vocación de permanencia, con independencia de que se trate de parejas conformadas por un hombre y una mujer o por dos personas del mismo sexo”, fuera de lo cual sostienen que la Corte Constitucional ha considerado que “la opción de conformar una pareja homosexual tiene pleno valor para el ordenamiento porque es un ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre opción sexual, que ya no se restringen al ámbito individual, sino que encuentran en la vida de pareja un ámbito imprescindible para su realización”.

Precisan que de ese igual valor se deriva una dignidad igual frente al ordenamiento constitucional, que implica un igual reconocimiento jurídico de ese valor, en aplicación del principio a igual dignidad igual protección”, de todo lo cual surge que, “en virtud de las semejanzas anotadas, en ambos casos se da la expectativa de poder formalizar jurídicamente el compromiso que se orienta a la consecución de los fines propios del contrato de matrimonio”.

2.5. El artículo 42 de la Constitución y la regulación del matrimonio

Antes de efectuar el test estricto de constitucionalidad los demandantes se ocupan de “la regulación del matrimonio en el artículo 42 de la Constitución” y llaman la atención acerca de la frase de conformidad con la cual la familia se constituye “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, una de cuyas posibles lecturas “restringiría el matrimonio a las parejas heterosexuales y, en tal sentido, no sería procedente aplicar el test pues el trato desigual provendría de la propia Constitución”.

Sin embargo, estiman que esa disposición admite dos posibles entendimientos, uno de ellos restrictivo que únicamente permitiría el matrimonio por parejas heterosexuales, ya que la Carta “prohibiría cualquier otro tipo de matrimonio que no fuera entre hombre y mujer”, mientras que de acuerdo con uno más amplio “la disposición aludida impondría la obligación de contraer matrimonio entre un hombre y una mujer, pero dejaría abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico prevea otros tipos de matrimonio”

Estiman que, siendo ambas interpretaciones razonables, “diversas consideraciones hermenéuticas conducen a pensar que la segunda alternativa constituye una interpretación más adecuada del artículo 42”, como que la lectura restrictiva desconoce que ese precepto establece la posibilidad de que el legislador reconozca y proteja familias distintas de aquellas que surgen del vínculo entre un hombre y una mujer, ya que establece que la familia también puede constituirse “por la voluntad responsable de conformarla”, luego sostener, como lo ha hecho la Corte Constitucional, que la única familia protegida es la heterosexual y monogámica “no se compadece con una adecuada interpretación literal del artículo 42, ni con la interpretación sistemática de la Carta”.

Señalan que la Corte ha reconocido distintos tipos de familia diferentes al formado por una pareja monogámica y heterosexual, brindándoles protección, como acontece con la conformada por madre o padre cabeza de familia o con la familia de crianza, de donde surge que pensar que la única familia reconocida constitucionalmente es la heterosexual contradice el texto constitucional y “la realidad social y cultural del país”.

Añaden que, en segundo lugar, el artículo 42 superior otorgó al legislador la potestad de regular las formas del matrimonio, con respeto a los límites constitucionales uno de los cuales sería, según la lectura restrictiva, que la única forma de matrimonio admitida es la que se da entre personas de distinto sexo, interpretación que no es adecuada, porque la Constitución no protege un único tipo de familia y “al legislador no le está vetado incluir dentro de las formas de matrimonio el que surge de la unión de dos hombres o dos mujeres”.

De otra parte, la interpretación restrictiva “se funda en una comprensión equivocada del tipo de regla” que el artículo 42 contiene en relación con el matrimonio, dado que “dicha interpretación se basa en el supuesto erróneo de que este artículo contienen una regla exceptiva según la cual el matrimonio únicamente puede celebrarse entre un hombre y una mujer”, pues, al reparar en el tenor literal se advierte que el precepto constitucional “no establece una excepción de la cual se derive la prohibición de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio”.

Explican que las excepciones deben ser expresas y que para su formulación es ineludible el uso de adverbios como únicamente, solo, solamente o, en caso de que una excepción se formule a continuación de una regla, a través de preposiciones como excepto o salvo, nada de lo cual aparece en el artículo 42 superior que “no formula una regla exceptiva o excluyente en relación con las personas que pueden contraer matrimonio”.

En este sentido señalan que es más adecuada “la interpretación según la cual el artículo 42 contiene una regla especial que impone al legislador permitir el matrimonio heterosexual, pero que no le impide admitir otros tipos de matrimonio, como el homosexual”, luego “mal puede derivarse de él la prohibición del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo”, por cuanto “el único límite al que está sometido el legislador en la regulación de las formas de matrimonio es que no puede suprimir, desconocer o prohibir el matrimonio entre hombre y mujer”.

Estiman que cuando la disposición constitucional prevé que el legislador regulará las formas del matrimonio, demuestra que no todo el tema matrimonial está desarrollado en la expresión constitucional según la cual el matrimonio se contrae libremente por un hombre y una mujer, de modo que la Constitución solo alude a una de las posibles formas de matrimonio “y el legislador puede desarrollar más sistemáticamente el tema”.

Insisten en que la interpretación literal amplia del artículo 42 resulta más razonable, por cuanto la restrictiva es incompatible con una comprensión sistemática de la Constitución” de la que resulta que “el legislador no solo tenía la posibilidad de contemplar el matrimonio para las parejas del mismo sexo, sino que tenía la obligación de hacerlo”, pues, de lo contrario, a las personas homosexuales se les vulneran sus derechos reconocidos en los artículos 1º, 13, 14 y 16 de la Carta.

2.6. La aplicación del test estricto de proporcionalidad

Acto seguido los demandantes se refieren a la “aplicación del test estricto de proporcionalidad al tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales en cuanto a la posibilidad de celebrar contrato de matrimonio”, test cuya aplicación se basa en un criterio sospechoso de discriminación, cual es la orientación sexual, como lo indica el precedente vigente, fuera de lo cual “el carácter analogizable de los extremos del trato desigual, se encuentra ya demostrado con suficiencia y al analizar cuestiones relativas al matrimonio, “ya la Corte ha dispuesto que lo procedente es aplicar el test estricto”.

Apuntan que el primer paso del test consiste en determinar si el trato desigual obedece a un fin constitucional que sea imperioso y constitucionalmente legítimo y al respecto consideran que “diferentes elementos de juicio nos conducen a considerar que, en el presente caso, la protección especial de la familia resulta ser en apariencia la finalidad que podría invocarse para restringir el matrimonio únicamente a las parejas conformadas por un hombre y una mujer”, puesto que el artículo 42 alude al matrimonio como fuente de constitución de la familia, lo que evidenciaría la exclusión de las parejas homosexuales y resultaría confirmado “por el hecho de que la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre los derechos de las parejas homosexuales, ha señalado con insistencia que la única familia que goza de reconocimiento constitucional es la familia heterosexual y monogámica y que, por tal razón, las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo no se inscriben dentro del concepto de familia que goza de tal reconocimiento”.

Respecto de lo anterior anotan que es preciso “evaluar si la protección especial de la familia que establece la Constitución opera únicamente para las familias constituidas por una pareja heterosexual, pues de no ser así, la invocación de tal fin no sería legítima” e indican que cabe reiterar lo expuesto “en el sentido de que no es cierto que el único tipo de familia que goza de reconocimiento y protección constitucional es la heterosexual y monogámica”, luego la protección de estructuras familiares que no encajan en dicho tipo deja sin justificación que se excluya de esa protección constitucional a las familias conformadas por personas del mismo sexo, siendo esta la oportunidad “para que la Corte adopte una interpretación del artículo 42 que esté más acorde con un entendimiento sistemático, teleológico, evolutivo, de la Carta y acorde al derecho internacional de los derechos humanos sobre las relaciones familiares y la protección de los distintos tipos de familias”.

En segundo lugar, indican que es necesario determinar cuál es la relación entre el contrato de matrimonio y la constitución de la familia, especificando hasta qué punto dicho contrato está ligado a la noción de familia” y sobre el particular afirman que la consideración de este contrato como único mecanismo para constituir una familia es una “perspectiva que desconoce las proyecciones que este contrato tienen en el ámbito exclusivo de la pareja y que tienen sentido con independencia de la catalogación del matrimonio como fuente jurídica de la familia”.

Destacan que la visión del matrimonio propia del Código Civil se enmarca en la teoría contractualista cuyo perfeccionamiento depende del acuerdo de voluntades de los contrayentes e indican que la doctrina jurídica contemporánea reconoce que esta perspectiva del matrimonio como contrato “dista de la anticuada concepción de este como institución constituida por un conjunto de reglas esencialmente imperativas, cuyo fin era dar a la unión de sexos y a la familia una organización que se adecuara a las aspiraciones morales propias de un específico momento histórico”.

Puntualizan que, en cuanto contrato civil, “la principal característica del matrimonio es que genera un vínculo jurídico entre los contrayentes que genera obligaciones personales recíprocas en el ámbito de la pareja y surte efectos de carácter patrimonial, de donde concluyen que “los efectos personales del contrato de matrimonio repercuten exclusivamente en el ámbito de la relación de pareja y no tienen una asociación directa con la noción de matrimonio como fuente jurídica de la familia” y que “igual consideración cabe realizar en relación con los efectos de orden patrimonial que se derivan de la sociedad conyugal que se conforma con la celebración del matrimonio, en tanto el carácter de esta sociedad consiste en la comunidad de los bienes de los contrayentes, es decir, nuevamente se trata de un aspecto que incumbe a la pareja”.

Aseveran que si la Corte persiste en negar a la unión homosexual el carácter de familia o si decide que el matrimonio es un contrato cuyo fin es la constitución de una familia, “podría concluirse que el trato diferenciado obedece a un fin constitucionalmente legítimo e imperioso que sería la protección especial de la familia heterosexual”, pero afirman que aún así “este fin resulta insuficiente para justificar el tratamiento desigual dado a las parejas homosexuales”, pues “no existe una relación de adecuación entre la finalidad enunciada y el medio escogido para alcanzarla, en la medida en que no hay una conexión lógica ni causal entre el hecho de impedir que las parejas homosexuales celebren un contrato de matrimonio y el fin de proteger a la familia heterosexual”, porque “tal impedimento no es necesario para lograr el fin perseguido por cuanto la permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en nada afecta la posición que las parejas heterosexuales tienen frente a ese contrato”, de manera que “si se acepta que las parejas homosexuales contraigan matrimonio, las parejas heterosexuales que decidan casarse no verán anulada, ni menguada la

protección especial que el orden jurídico les prodiga y, por tal razón, prohibir el matrimonio homosexual no es una medida adecuada para garantizar la protección de la familia heterosexual”.

Prosiguen señalando que la restricción derivada del artículo 113 del Código Civil “tampoco es proporcional al fin que pretende garantizarse con ella, por cuanto los efectos negativos que la misma genera sobre las parejas homosexuales son mucho mayores que los beneficios que comporta para las parejas heterosexuales”, pues tratándose de “una restricción inadecuada e innecesaria para lograr el fin que busca, la misma no reporta beneficios concretos”, sino que, por el contrario, “son muy altos los efectos adversos que genera en términos de los derechos de las parejas del mismo sexo, los cuales se concretan en la existencia de un déficit de protección para las parejas homosexuales, derivado del hecho de que, a pesar de tener requerimientos análogos de protección a los de las parejas heterosexuales, no tienen acceso al mecanismo especial que pueda satisfacerlos, a saber, el contrato de matrimonio”.

Reconocen que, gracias a distintos fallos constitucionales, “la situación de las parejas homosexuales ya no corresponde a la de ausencia de reconocimiento y desprotección total”, pero aseveran que, pese a ello, “el déficit de protección que existe en virtud de la imposibilidad de celebrar contrato de matrimonio no puede ser negado”, por cuanto “el contrato de matrimonio ofrece a las parejas un núcleo de protección que no es garantizado por ninguna otra figura jurídica de nuestro ordenamiento”.

Para determinar cuál es ese núcleo de protección los demandantes parten de advertir las diferencias entre el contrato de matrimonio “con la figura que resulta más asimilable en el orden jurídico colombiano, a saber, la unión marital de hecho”. Indican que la primera diferencia radica en el carácter del vínculo surgido en virtud de cada uno de esos tipos de unión y las consecuencias que el mismo tiene en el ámbito de las obligaciones personales que asumen los miembros de la pareja.

Enfatizan que mientras el contrato de matrimonio genera un vínculo jurídico entre los contrayentes, la unión marital de hecho no, así que “la formalización jurídica de la relación de pareja que es una característica privativa del contrato de matrimonio, hace que los compromisos morales que suelen atribuirse a una relación de pareja que tiene vocación de permanencia, tales como la cohabitación, la fidelidad y el apoyo, se eleven a la categoría de deberes jurídicos” y, por otro lado, “dicha formalización hace que la libertad jurídica para dar por terminada la unión sea absoluta en el caso de la unión marital, no así en el matrimonio”.

Sostienen que “el hecho de que la cohabitación, la fidelidad y el socorro y ayuda mutua adquieran el carácter de obligaciones jurídicas tienen una repercusión importante en lo que respecta a los efectos del contrato de matrimonio”, dado

que “el incumplimiento de tales obligaciones constituye una causal de divorcio que puede ser invocada con el objeto de terminar el matrimonio” y su comprobación da lugar a que “aún después de terminado el matrimonio, persistan ciertas obligaciones a cargo del cónyuge culpable” y a favor del inocente, como la obligación de prestar alimentos e igual ocurre cuando el divorcio se solicita invocando la causal de grave enfermedad del cónyuge, pues aunque ninguno de los cónyuges es responsable, quien solicita el divorcio tiene la obligación de prestarle alimentos al enfermo o afectado por una anomalía grave e incurable, que carezca de los medios para subsistir autónoma y dignamente.

Destacan que el matrimonio ofrece a la pareja un régimen más favorable que el de la unión marital de hecho, pues de él se derivan derechos y deberes que van más allá del ámbito meramente económico y ofrecen en su conjunto mayor protección a los miembros de la pareja que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, de donde surge un compromiso con un nivel de solidez y arraigo que no proporciona la unión libre y al cual solo pueden acceder las personas que lo deseen mediante un único mecanismo que puede proteger tal expectativa, que es el contrato de matrimonio.

Añaden que la segunda diferencia entre el matrimonio y la unión libre se da en el ámbito patrimonial, ya que de conformidad con el artículo 1774 del Código Civil, por el mero hecho del matrimonio se constituye la sociedad conyugal que tiene el carácter de sociedad de ganancias a título universal, mientras que, de acuerdo con la Ley 54 de 1990, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes solo puede ser declarada judicialmente si ha existido la unión marital por un lapso no inferior a dos años, siendo claro, entonces, que los efectos patrimoniales de este tipo de unión están sometidos a condiciones más restrictivas y que el nivel de protección patrimonial que proporciona el contrato de matrimonio es mayor, en tanto basta la celebración del contrato y la certeza de no estar sujeta a condiciones adicionales.

Apuntan que hay una tercera diferencia que tiene que ver con las implicaciones de las respectivas figuras jurídicas sobre el estado civil, dado que en nuestro ordenamiento no se ha establecido constitucional ni legalmente el estado civil de compañero permanente derivado de la unión marital de hecho, “a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, en virtud del cual claramente surge el estado civil de casado”, aspecto que “tiene importantes implicaciones en relación con el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 superior, por cuanto el estado civil es un atributo de la personalidad jurídica.

Según la argumentación de la demanda, tratándose del estado civil, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se manifiesta en la libertad de escogerlo, de modo que si una pareja celebra matrimonio ejerce la autonomía de la voluntad y “también ejerce su derecho a la personalidad jurídica entendido como la facultad de escoger libremente el estado civil”, luego el “impedir que

las personas homosexuales opten por el estado civil vulnera su derecho a la personalidad jurídica”.

Sostienen que la última diferencia radica en aspectos puntuales de los efectos de cada unión frente a disposiciones jurídicas que regulan materias diversas, pues aunque la Corte ha extendido a la unión marital de hecho aspectos que antes solo operaban para el matrimonio, en otros casos se ha negado a efectuar tal extensión por considerar que no se vulnera el derecho a la igualdad, como cuando declaró la constitucionalidad de una disposición que imponía el término de dos años para que los compañeros permanentes pudieran acceder a la afectación de vivienda familiar o cuando validó la sujeción al mismo término para que haya lugar al delito de inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes.

Ninguno de estos condicionamientos tienen los esposos y aun cuando los compañeros permanentes optan libremente por la constitución de una unión marital de hecho, “en el caso de las parejas homosexuales implica un déficit de protección en la medida en que la unión marital de hecho no es para ellos una opción, sino que es la única alternativa ofrecida actualmente por el orden jurídico para dar un cierto grado de formalización a las uniones que tienen vocación de permanencia”.

Así pues, el contrato de matrimonio proporciona un núcleo de protección que no provee ninguna otra figura jurídica y que está conformado por el carácter jurídico del vínculo generador de deberes morales, por el mayor grado de protección patrimonial, por la modificación del estado civil y por las mayores facilidades en el acceso a prerrogativas como las acabadas de enunciar, por todo lo cual al impedir el matrimonio de parejas del mismo sexo “se genera un déficit de protección en cuanto las priva de la posibilidad de ser cobijadas, si así lo desean, por esos elementos que constituyen ese núcleo de protección que únicamente es proporcionado por el contrato de matrimonio”.

Tal déficit de protección viola el contrato de igualdad de los homosexuales, en cuanto, pese a tener “necesidades análogas de protección a las de las personas heterosexuales, en el ámbito de las relaciones de pareja las priva de la posibilidad de obtener los beneficios que proporciona exclusivamente el contrato de matrimonio”.

Enfatizan que, no obstante el margen de configuración correspondiente al legislador, el juez constitucional es competente para determinar si ha respetado los mínimos de protección, si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles y si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación, lo que acontece en el caso examinado, dado que el déficit de protección “obedece a una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que es precisamente en el carácter homosexual de la pareja que se funda la imposibilidad de celebrar el contrato de matrimonio”.

El anotado déficit genera una vulneración del derecho a la personalidad jurídica y de los derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales, de donde surge que “los perjuicios que genera el trato diferenciado en materia de afectación de derechos son mucho mayores que los beneficios que el mismo reporta en relación con el fin constitucional invocado como fundamento del trato distintivo y que, en consecuencia, la restricción derivada del artículo 113 del C.C. no resiste satisfactoriamente la aplicación del test estricto de proporcionalidad”.

2.7. La vulneración del derecho a la dignidad humana

A continuación exponen argumentos relacionados con la vulneración del derecho a la dignidad humana, por incumplimiento del deber constitucional de protección, que se produce en la medida en que, al excluir a las personas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio, se perpetúa la visión de que las relaciones entre personas del mismo sexo son menos dignas de reconocimiento que la relación entre personas de distinto sexo y se “limita la posibilidad de gays, lesbianas y transexuales de diseñar un plan vital y de vivir de acuerdo con sus preferencias”, lo que, según la Corte Constitucional, viola el derecho a una vida digna.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la protección de la dignidad humana comporta tres dimensiones, a saber: la autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida y determinarse según sus características, contar con ciertas condiciones materiales concretas de existencia y la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física y moral.

En cuanto a la elección del proyecto de vida anotan que comprende el goce de la sexualidad que usualmente se manifiesta y realiza a través de la vida en pareja y que cuando el Estado protege una opción en particular, no necesariamente irrespete los demás proyectos de vida, siempre y cuando dicha protección “no vaya en detrimento de la libertad que tienen todos los seres humanos de optar por un proyecto de vida distinto de aquel comúnmente aceptado por la comunidad”.

Agregan que la autodeterminación vital de las personas exige del estado Social de Derecho, más que una actitud neutral, “una acción afirmativa encaminada a garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida en la esfera de lo público, es decir, frente al orden jurídico y la sociedad.

La interpretación del artículo 42 superior en el sentido de que solo protege las familias heterosexuales viola la dignidad humana de los homosexuales, porque les reduce la posibilidad de vivir planamente como quieren y el estado no puede hacer consideraciones de orden político o histórico “para preferir a ciertas personas por encima de otras”.

Estiman que, en segundo término, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad del matrimonio “puede vulnerar su posibilidad de vivir bien”, porque los somete a una eventual desprotección jurídica y económica, en particular cuando todavía no reúnen los requisitos para que se declare la unión marital de hecho, como cuando uno de los miembros de la pareja muere antes de los dos años de convivencia y el otro miembro, en principio, quedaría totalmente desprotegido. En casos como este “los miembros de la pareja del mismo sexo están condenados, en virtud de la legislación interna, a permanecer en una situación de desprotección que se traduce en riesgos concretos para su salud y subsistencia en caso de no poder trabajar, a pesar de tener la voluntad libre y consistente de convivir en pareja y constituir una comunidad de vida con plenos derechos”.

En lo relativo a la tercera dimensión de la dignidad humana, que consiste en vivir sin humillaciones, apuntan que la negación del matrimonio a personas del mismo sexo “fortalece los estereotipos que ven la homosexualidad como un modo de vida de menor valor que no merece la pena de ser vivido” y “los homosexuales terminan siendo ciudadanos de segunda categoría que representan un modo de vida que a lo sumo se tolera, pero que no llega a ser reconocido como digno de respeto y protección”.

Así, la negación del derecho al matrimonio “equivale a negar el reconocimiento público de una de las relaciones de más vital importancia para un ser humano, a impedir que dicha relación sea considerada relevante y tenga efectos en el mundo social, y a condenar a sus miembros a vivir en la sombra”, todo lo cual comporta “una evidente negación o distorsión de la identidad propia y, por ende, una clara violación del derecho a vivir sin humillaciones”.

2.8. La violación del derecho a la autonomía y la imposición de un modelo de perfeccionismo

Acto seguido la demanda se ocupa de la vulneración del derecho a la autonomía y de la imposición “de un modelo de perfeccionismo o moralismo jurídico de la (hetero) sexualidad” y manifiestan los actores que el cargo se encamina a cuestionar las razones por las cuales se justifica la limitación a la autonomía de las personas homosexuales en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio.

Recuerdan que el matrimonio, como derecho o como contrato, tiene como requisito esencial para su realización la decisión libre y voluntaria de los contrayentes e indican que, tratándose de las parejas del mismo sexo, varias podrían ser las eventuales objeciones para que esta expresión de la voluntad tuviera validez y entre ellas se encuentra lo referente a la capacidad o la madurez de los individuos, lo relativo a la afectación a terceros y la limitación por parte de la ley.

Respecto de la primera objeción puntualizan que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del precepto que establecía la diferencia de edad mínima para contraer matrimonio entre hombres y mujeres resaltó la

importancia de la autonomía de la decisión de los contrayentes y la relevancia de garantizar la no coacción en la adopción de la misma, pero también estableció como límite a la autonomía la capacidad en la toma de las decisiones, por lo cual el límite implica que la decisión respecto del matrimonio sea tomada en pleno uso de las facultades mentales y a una edad en la que la expresión del consentimiento tenga validez.

Siendo así, señalan que “no podría alegarse incapacidad o inmadurez en la manifestación de su voluntad solo porque la persona tiene una orientación sexual homosexual”, de manera que al restringir a los homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio se les equipara “con las personas incapaces e inmaduras a quienes también se les niega tal posibilidad”, al paso que se fortalece el prejuicio social según el cual la atracción sexual y afectiva hacia personas del mismo sexo es una enfermedad mental (incapacidad) o una confusión del sujeto con respecto a su sexualidad (inmadurez).

Observan que la Corte constitucional al examinar la capacidad de los homosexuales para asumir trabajos con un alto grado de responsabilidad como los de maestros y miembros de la fuerza pública, puso de presente que las decisiones de la vida de un individuo sobre su sexualidad no pueden constituir, *per se*, una deslegitimación sobre su capacidad.

Además, la Corte ha reiterado que, de conformidad con el artículo 16 superior, toda persona puede optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre que no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional, que fungen como límites.

Precisan que al momento de justificar restricciones al derecho a la autonomía de la voluntad se debe evitar caer en el perfeccionismo o moralismo jurídico, que se presenta cuando el ordenamiento jurídico utiliza instrumentos coactivos para imponer a las personas determinados modelos de virtud o de excelencia humana, lo cual contradice el pluralismo garantizado por la Carta.

Agregan que para analizar si la restricción impuesta a las personas homosexuales en relación con el matrimonio tiene como finalidad la protección a terceros o la de imponer una particular visión del ideal de vida correcto, que sería en este caso el modelo heterosexual, la Corte ha establecido el uso del juicio de proporcionalidad y, por ello, en primer lugar el juez debe determinar si la restricción a los derechos constitucionales obedece a un fin constitucionalmente legítimo.

Consideran que el fin que buscaría proteger la medida que restringe la validez de la manifestación de la autonomía de las personas homosexuales en la realización del matrimonio y la conformación de una familia “no es otra que la protección del matrimonio heterosexual” y que “de la Carta Constitucional no puede inferirse que un fin válido del Estado sea el imponer la heterosexualidad sobre la sexualidad diversa, sino que, por el contrario, se debe respetar a los

individuos por su orientación sexual y el Estado debe proporcionar las garantías suficientes para su pleno ejercicio.

El segundo aspecto tiene que ver con la necesidad y según lo explicado “la extensión a las parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio no implica una desprotección del matrimonio heterosexual, ni de los derechos de las parejas heterosexuales y, en tal sentido, la restricción a la autonomía es innecesaria”

En tercer lugar, se busca que la medida no sacrifique valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer y, en este caso, la medida resulta excesiva, pues, sin desconocer la autonomía de las personas homosexuales, se puede lograr el mismo fin de proteger la familia y el matrimonio heterosexual, fuera de lo cual se limita desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la medida en que se vulneran otros derechos fundamentales de las personas homosexuales como la igualdad, la dignidad humana y la personalidad jurídica y se desconoce el pluralismo que reconoce algunas manifestaciones de la diversidad “insuprimibles por la voluntad democrática”, lo que también es desproporcionado.

Aseveran que, en las condiciones anotadas, la medida que afecta a los homosexuales solo encontraría justificación en un modelo de perfeccionismo o moralismo jurídico que desea imponer la heterosexualidad, lo cual es ajeno a la Carta de 1991.

Retoman luego los límites de la autonomía y, en especial, el referente al ordenamiento legal e indican que las simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales o de los derechos ajenos no son suficientes para limitar el alcance de este derecho, por lo cual las restricciones por parte de las autoridades han de contar con una fundamentación constitucional y no pueden anular el modelo de realización personal de los individuos.

Al respecto expresan que, según la Corte, una política de protección invade el contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad cuando se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital y reiteran que para las personas homosexuales “no solamente su orientación sexual es fundamental para su proyecto de vida, sino que también el formar una familia hace parte del proyecto de vida de muchas personas que ostentan dicha orientación”, por lo que “no puede avalarse el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad por una parte, y por otra restringirse este mismo derecho en lo atinente a la conformación de la familia o la conformación del vínculo matrimonial”.

2.9. El derecho comparado y el matrimonio de las parejas del mismo sexo

En aparte especial de su demanda, los actores hacen una “breve” presentación “de las decisiones judiciales que en el derecho comparado se han producido en

torno al matrimonio entre parejas del mismo sexo”, con la finalidad “de brindar a la Corte detalles sobre los debates constitucionales que se han desarrollado en otras jurisdicciones, así como brindar mayores elementos de juicio en el estudio de los cargos planteados”.

Anotan que las decisiones reseñadas “proceden de los Tribunales Superiores de Ontario y British Columbia de Canadá, las Cortes Supremas de los Estados de Massachusetts, California, Iowa y Connecticut en los Estados Unidos, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la Nación de México.

Después de presentar las anunciadas decisiones reiteran que este recorrido brinda “elementos importantes para estudiar la inconstitucionalidad de las normas en este caso” y precisan que no solicitan que “se tenga como obligatorio el derecho comparado”, pero consideran que “ofrece importantes elementos de juicio para resolver casos constitucionales, es decir, se trata de un criterio auxiliar en la función de la Corte Constitucional” que lo “ha usado para ampliar su análisis de constitucionalidad”.

Añaden que “esta salvedad es importante debido a que no siempre el derecho comparado es unánime o concluyente en algunas materias, especialmente en temas de tensos debates sociales o en situaciones de discriminación extrema y generalizada”, lo que no obsta para que la Corte lo use, especialmente cuando se trata de problemas similares enfrentados por los tribunales.

Mencionan algunos casos de uso del derecho comparado por parte de la Corte Constitucional y hacen especial alusión a la sentencia C-075 de 2007 que “reconoció el derecho a la unión marital de hecho de las parejas del mismo sexo” y en la cual, “la Corte usó elementos del derecho comparado e internacional para verificar la creciente protección legal que se ha venido estableciendo para las personas homosexuales y las parejas del mismo sexo”.

Manifiestan que más que pretender un valor vinculante de estas decisiones, las reseñan para que la Corte pueda verificar que el debate planteado y sus aspectos particulares han tenido un importante análisis en el derecho comparado e indican que las razones por las cuales se les niega el derecho a la igualdad a las personas homosexuales son muy similares en todo el mundo y tienen que ver con “conceptos como la concepción tradicional de la familia, la religión, la presunta peligrosidad de las parejas homosexuales para los niños”, por lo que “los análisis judiciales en el derecho comparado, aún siendo pocos, pueden ofrecer a la Corte Constitucional de Colombia mayores elementos de juicio y ser tenidos en cuenta al momento de estudiar los cargos presentados en esta demanda”.

2.10. La idoneidad técnica de la demanda y la procedencia de su estudio

A continuación los demandantes dedican otro apartado a “la idoneidad técnica de la presente demanda y la procedencia de un pronunciamiento de fondo por

la Corte Constitucional” y, en primer lugar, estiman que su demanda contiene cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes”.

Consideran que el cargo en contra de la expresión “de procrear” es claro, pues se explica “detalladamente y en forma comprensible que si la ley atribuye legalmente al matrimonio como una de sus finalidades la procreación, entonces se violan normas constitucionales determinadas como el libre desarrollo de la personalidad.

Añaden que el cargo es cierto, pues recae sobre el contenido de la expresión acusada, “ya que dicho aparte le atribuye al matrimonio el propósito de la procreación” y que también es específico y pertinente, porque la demanda “muestra en forma precisa cómo la expresión acusada viola la Constitución” y el cargo “es desarrollado con argumentos constitucionales, y no puramente de conveniencia”, fuera de lo cual es suficiente, en la medida en que la demanda suscita dudas razonables sobre la constitucionalidad de la expresión acusada.

En relación con la expresión “un hombre y una mujer” señalan que el cargo es claro, dado que “la demanda explica detalladamente y en forma comprensible que si la ley restringe el matrimonio únicamente a las parejas heterosexuales, entonces se violan normas constitucionales determinadas e igualmente es cierto, pues recae sobre el contenido de la expresión acusada, “ya que dicha expresión es la que restringe el contrato de matrimonio a parejas heterosexuales”.

Precisan que el cargo es también específico, porque “la demanda muestra en forma precisa cómo la expresión acusada viola la Constitución”, pertinente, puesto que “es desarrollado con argumentos constitucionales, y no puramente de conveniencia”, basados esencialmente en la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la igual protección que la Carta otorga a las parejas heterosexuales y a las parejas del mismo sexo” y suficiente, dado que la demanda suscita dudas razonables sobre la constitucionalidad de la exclusión de la posibilidad de matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Agregan que como podría estimarse que una demanda por omisión legislativa relativa es más exigente, la demanda también es idónea por este aspecto y puntualizan que recae sobre un precepto concreto, cual es el artículo 113 del Código Civil que contienen la expresión “hombre y mujer” y excluye la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan casarse. En segundo término, la expresión ha regulado de manera constitucionalmente defectuosa el matrimonio al excluir de esa posibilidad a las parejas del mismo sexo, lo cual genera una desigualdad injustificada respecto de las parejas heterosexuales.

Hacen énfasis en que, en tercer lugar, esa exclusión no está fundada en razones suficientes y objetivas, porque ambos tipos de parejas se encuentran en la misma situación desde el punto de vista constitucional y en relación con el matrimonio, de donde surge que la exclusión de las parejas del mismo sexo es discriminatoria. Afirman que, en cuarto lugar, la omisión afecta gravemente la

igualdad, así como otros derechos constitucionales e incumple el claro deber constitucional de otorgar igual protección a las parejas del mismo sexo y a las parejas heterosexuales.

Se detienen luego a señalar que la omisión es relativa y no absoluta, “puesto que no hay falta absoluta de regulación de una materia, ya que el legislador reguló un determinado asunto, que es el contrato de matrimonio, pero al hacerlo incurrió en un defecto constitucional, pues solo previó esa institución para las parejas heterosexuales, pero no para las parejas del mismo sexo”.

Destacan que recientemente la Corte ha desarrollado una concepción más estricta de la omisión relativa, de acuerdo con la cual en algunos casos puede haber actuación del legislador, pero la omisión es absoluta, por cuanto resulta imposible al juez constitucional llenar el vacío constatado, por medio de una sentencia condicionada.

Respecto de lo anterior estiman que esta posición es equivocada, pues confunde dos fenómenos distintos, como son la constatación de una omisión legislativa relativa y el remedio judicial de la misma, por cuanto una cosa es la constatación de la omisión legislativa relativa inconstitucional y otra que la Corte considere que no puede remediarla directamente y en forma inmediata, por cuanto el legislador tiene un amplio margen de configuración en la materia, evento en el cual “bien puede la Corte declarar la omisión legislativa, pero otorgar un plazo prudencial al Congreso para que se corrija directamente, y solo en caso de que este no la corrija, entonces procedería el juez constitucional a llenar el vacío.

Con todo, estiman que en este caso la omisión es relativa, “pues el Legislador reguló integralmente la institución del matrimonio y solo excluyó de la misma a las parejas del mismo sexo”, omisión que es inconstitucional y que “puede ser integralmente corregida por la Corte, por una sentencia integradora aditiva o condicionada, en donde la Corte, en aplicación del mandato constitucional de igual protección entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, extienda la posibilidad de matrimonio a estas últimas”.

Refieren que en la sentencia en la cual se adoptó la tesis por ellos criticada se cita como ejemplo de omisión relativa la decisión que extendió a las parejas del mismo sexo la figura de la unión marital de hecho y comentan que “la situación es prácticamente idéntica, por lo que el mismo criterio es aplicable”.

Precisan que, aun así, podría objetarse que en el matrimonio la situación es distinta, por cuanto su regulación “es mucho más integral y extensa que la de la unión marital de hecho” y que su regulación actual se basa en la idea de que se trata de una pareja heterosexual, por lo cual muchas disposiciones hablan a veces específicamente de hombre y mujer y que, por ello no bastaría condicionar la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, sino que sería necesario modificar demasiadas normas legales, lo que conduciría a concluir que la omisión es absoluta y solo puede ser corregida por el legislador.

Sostienen que el argumento no es de recibo, porque frente a la mayor parte de las regulaciones del matrimonio “no existe ningún problema, pues ellas podrían ser plenamente aplicables a las parejas del mismo sexo”, no solo en su literalidad sino también en los mandatos que prevén, como acontece con las normas sobre la celebración del matrimonio, fuera de lo cual algunas disposiciones que hablan de hombre y mujer no plantean problemas en su contenido, “que resulta plenamente aplicable a las parejas del mismo sexo”, como sucede con el artículo 177 del Código Civil sobre dirección del hogar, pues aunque la encarga al marido y la mujer, bastaría que la Corte Constitucional condicionara la exequibilidad de esas expresiones para que se entienda que incluyen también a los cónyuges del mismo sexo o que simplemente hacen referencia a los cónyuges.

En tercer lugar estiman que “existen algunas pocas disposiciones que efectivamente son de problemática aplicación a las parejas del mismo sexo, como las relativas a la presunción de paternidad, lo que no hace imposible la extensión, pues se entiende que no son aplicables a las parejas del mismo sexo, en la misma forma que no son aplicable a las parejas que no tienen hijos, o que tienen únicamente hijos adoptados.

Por último, señalan que en la misma Sentencia C-442 de 2009 se establece como criterio fundamental para solucionar estas posibles dificultades que “si la deficiencia no es mínima pero tampoco total (deficiencia media), se deberá sopesar la necesidad de llenar el vacío con la imposibilidad de la Corte de usurpar competencias establecidas por la Carta en cabeza del legislador”, lo que significa que el juez constitucional debe “ponderar la necesidad de amparar los derechos fundamentales de las personas afectadas por la omisión legislativa, frente a la libertad de configuración del legislador, que se podría ver invadida por la sentencia integradora o condicionada de la Corte”.

Ese ejercicio de ponderación lleva a concluir que la Corte debe amparar los derechos de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, por medio de una sentencia integradora, ya que el Congreso se ha mostrado totalmente insensible a efectuar “los desarrollos legislativos que la Carta exige para amparar la dignidad, igualdad y libertad de la comunidad LGBT, por lo cual ha sido la Corte quien ha tenido que amparar los derechos -individuales y de pareja- de estas personas”, motivo por el cual “dejar este tema en manos del Congreso es condenar a la comunidad LGTB a la imposibilidad absoluta de acceder a la protección del matrimonio, a la cual tienen derecho” y, de otra parte, “si la Corte realiza una labor de integración, la afectación de la libertad de configuración del legislador es menor, pues la opción que este tiene de corregir la omisión legislativa en este campo es muy limitada, ya que prácticamente su única posibilidad consiste en extender a las parejas del mismo sexo las mismas regulaciones y los mismos beneficios del matrimonio previstos para las parejas heterosexuales, salvo en aquellos puntos en que esto sea imposible.

Acto seguido se preguntan, “dadas las dificultades señaladas en el párrafo precedente” cuál debería ser el contenido de esa sentencia integradora y si ella es posible y consideran que “la Corte puede declarar la inexecutable de la expresión “de procrear” del artículo 113 del Código Civil y respecto de la expresión “un hombre y una mujer” de ese mismo artículo “la Corte debe declarar que esta incurre en una omisión legislativa relativa inconstitucional, por lo cual dicha expresión es executable pero en el entendido de que también pueden contraer matrimonio las parejas del mismo sexo”.

Agregan que, “por razones de unidad normativa, piden la inexecutable de la expresión “de un hombre y una mujer” contenida en el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, para que esas normas queden del siguiente tenor: “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Apuntan que, finalmente, “la Corte podría hacer un condicionamiento general frente al resto del ordenamiento, en los siguientes términos: cuando la ley en general haga referencia a ‘cónyuges’ o haga referencia a ‘hombre y mujer’ al regular la institución matrimonial, en virtud del principio de protección igual a las parejas heterosexuales y del mismo sexo, debe entenderse que dichas expresiones hacen referencia también a los cónyuges o integrantes casados de las parejas del mismo sexo”.

Aseveran que se podría pensar que se trata de una sentencia imposible y sin antecedentes en el derecho colombiano o comparado, pero que “en casos semejantes otros tribunales constitucionales o esta Corte Constitucional han recurrido a estos condicionamientos genéricos, por ser la única forma de enfrentar afectaciones sistémicas a la igualdad”

Al respecto citan la Sentencia No. 3435 - 92 en la que la Sala Constitucional de Costa Rica concluyó que “la regulación que establecía reglas distintas para la nacionalización del cónyuge de un o una costarricense, según que fuera hombre o mujer, era inconstitucional por violar la igualdad entre sexos” y para evitar posibles discriminaciones basadas en el sexo estableció un condicionamiento general, según el cual “cuando en la legislación se utilicen los términos ‘hombre o ‘mujer’, deberán entenderse como sinónimos del vocablo ‘persona’, y con ello eliminar toda posible discriminación ‘legal’ por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados”.

También indican que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-595 de 1996, declaró la inconstitucionalidad de las normas que definían como ilegítima la consanguinidad o afinidad por fuera del matrimonio, pues consideró que esta era contraria a la igualdad entre los hijos establecida en la Carta” y, para evitar vacíos regulativos, hizo un condicionamiento genérico, pues en el punto tercero

de la parte resolutive señaló: “Expresamente se advierte que la declaración de inexecutable de los artículos 39 y 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo”.

A continuación afirman que “podría argüirse que en este caso tampoco procede un pronunciamiento de fondo, pues no se habría demandado la disposición pertinente o no se habría integrado en forma suficiente la llamada proposición jurídica completa”, lo que no es así, “pues la demanda está dirigida contra la disposición pertinente puesto que es la expresión “hombre y mujer” del artículo 113 del Código Civil la que ocasiona la omisión legislativa relativa inconstitucional”.

Recuerdan que la integración de la proposición jurídica completa proviene de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia “que trasladó esa exigencia técnica del ámbito de la casación al campo de la acción pública”, traslado infortunado, pues se transfirió un instituto propio de un recurso técnico como la casación a una acción ciudadana, motivo por el cual “en forma acertada, la regulación y la jurisprudencia relativa a la acción pública han limitado la operancia de la inhibición por falta de integración de la proposición jurídica”, de manera que “si la demanda recae sobre un contenido identificable, que contiene el vicio señalado por el actor, entonces la demanda se entiende apta, y es la Corte la que debe, en ejercicio de su facultad de unidad normativa, proceder a extender el fallo a otras disposiciones”, porque la ineptitud de la demanda por falta de integración adecuada de la proposición jurídica completa existe “cuando el actor demanda disposiciones que no contienen en forma autónoma el contenido normativo impugnado”.

Así pues, cuando se señalan disposiciones que tienen un sentido identificable, no existe el defecto señalado, aunque los actores no señalen integralmente todas las posibles disposiciones legales vinculadas a ese problema constitucional” y si se exige que los demandantes integren totalmente la proposición, “no solo se desvirtuaría el carácter público de la acción de inexecutable, sino que se olvidaría la facultad de unidad normativa, que el ordenamiento le otorga al juez constitucional”.

Manifiestan que son conscientes “de que en decisiones recientes la Corte ha aplicado un criterio más estricto de integración de la unidad normativa por los actores y les ha exigido que demanden todas las disposiciones ligadas al problema constitucional planteado”, así como de “la lógica de esta exigencia, que es evitar un control oficioso por la Corte y asegurar el debido proceso de los participantes en el proceso constitucional, que deben conocer desde el inicio todos los extremos del litigio”, pero insisten en que “la exigencia de una integración total de la proposición jurídica nos parece extraña a la naturaleza de la acción pública”, pues únicamente los expertos pueden desarrollar la compleja

operación de determinar con exactitud todas las normas que regulan un determinado asunto.

En atención a lo anterior estiman que lo que se debe exigir del demandante es el señalamiento de las normas que permitan estructurar con claridad el problema constitucional, para asegurar el debido proceso, “pues todos los intervinientes saben desde el principio cuál es el problema constitucional debatido y se respeta el carácter rogado de la justicia constitucional, pues la Corte solo puede resolver el problema constitucional planteado, al paso que se asegura la naturaleza ciudadana y lega en derecho de la acción pública de inconstitucionalidad, por todo lo cual solicitan a la Corte “que matice su rigor en esta materia y vuelva a la doctrina razonable y equilibrada establecida por la citada sentencia C-320 de 1997”.

Sostienen, entonces, que “si la Corte encuentra otras normas que regulen la materia, debe realizar la correspondiente unidad normativa”, pero para evitar cualquier pronunciamiento inhibitorio, por presunta falta de integración de la unidad normativa, hacen las siguientes precisiones: que, de ser necesario, la demanda se entienda presentada contra la totalidad del artículo 113 del Código Civil y que, por esta razón también solicitan la inexecuibilidad de la expresión ‘de un hombre y una mujer’, contenida en el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y del primer inciso del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, para que queden del siguiente tenor: “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, pues de “esa manera se entiende que la definición legal del matrimonio no es exclusiva para las parejas heterosexuales, por lo cual debe entenderse que dicho inciso remite a la definición legal prevista en el artículo 113 del Código Civil, con el condicionamiento previsto por esta misma sentencia para ese artículo.

Finalmente, indican que si la Corte considera que la integración de la proposición jurídica requiere tomar en cuenta todas las disposiciones referidas al matrimonio, “entonces se entienda que demandamos también, y en especial los artículos que integran los títulos III a XII del Libro I del Código Civil, con el fin de que la Corte precise que cuando la ley en general haga referencia a ‘cónyuges’ o haga referencia a hombre y mujer al regular la institución matrimonial, en virtud del principio de protección igual a las parejas heterosexuales y del mismo sexo, debe entenderse que dichas expresiones hacen referencia también a los cónyuges o integrantes casados de las parejas del mismo sexo”.

En el apartado subsiguiente se refieren a “la exclusión del tema de la adopción del presente debate constitucional” y apuntan que aunque podría pensarse que la Corte debe pronunciarse sobre la adopción e incluir expresamente también el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 que, en su ordinal 2º, señala que podrán adoptar los cónyuges conjuntamente y que en virtud del condicionamiento general debe entenderse que en este caso se refiere también a los integrantes

casados de las parejas del mismo sexo, “el efecto automático de ese condicionamiento sería autorizar la adopción por parejas del mismo sexo y que los demandantes en este caso estamos pretendiendo ese condicionamiento”.

Alegan que quienes presentan la demanda consideran que “la exclusión de la adopción a las parejas del mismo sexo es inconstitucional, por las razones desarrolladas en el anexo de esta demanda”, pero señalan que también tienen claro que “el matrimonio y la adopción son asuntos conceptualmente y jurídicamente separables y que la adopción plantea problemas constitucionales específicos que ameritan, en su momento, un examen específico por la Corte Constitucional por cuanto incorporan el tema del interés superior del menor” por esta razón no solicitan “que la Corte realice una unidad normativa con el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y expresamente piden que se abstenga de estudiar este tema “a fin de que este asunto sea debatido en la oportunidad procesal que corresponda, con la especificidad que se requiere”, de donde surge que, en caso de acoger las pretensiones de la demanda, no se prejuzga sobre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan o no adoptar”.

Sin embargo, si la Corte considera que inevitablemente y por razones de unidad normativa debe avocar el tema, solicitan que para tal examen se tenga en cuenta la argumentación relativa a la inconstitucionalidad de la exclusión de las parejas del mismo sexo de la adopción, que desarrollan en el anexo a la demanda.

Después formulan una petición subsidiaria de “constitucionalidad condicionada diferida”, si se llega a considerar que la omisión legislativa no puede ser solucionada por la Corte, debido a la complejidad de la regulación del matrimonio, por lo cual la omisión debe entenderse absoluta y lo único que podría hacer la Corte es exhortar al legislador a que corrija ese vacío normativo. Consideran que si esta es la posición, no por ello debe la Corte limitarse a exhortar al Congreso a que corrija ese vacío, pues existen otras posibilidades para solucionar la tensión entre la protección del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y la libertad del legislador en la regulación del matrimonio.

Citan como ejemplo las sentencias de las cortes de Massachusetts y Sudáfrica, en que “los jueces reconocieron la situación discriminatoria contra las parejas del mismo sexo, debido a la imposibilidad legal que tenían de contraer matrimonio, pero decidieron dar la oportunidad al Congreso de participar en la configuración de la materia, por lo cual le dieron un plazo de algunos meses para regular el tema, pero siempre y cuando no se tomaran nuevas medidas discriminatorias, ni se tuvieran en cuenta sustitutos discriminatorios”.

Informan que el Tribunal Constitucional de Sudáfrica otorgó un plazo de 12 meses al parlamento para proporcionar una solución a la violación constitucional derivada de la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio, pues estimó importante la participación del Congreso, dada la importancia del tema y para que definiera si debía modificar la ley de matrimonio ya existente o adoptar una nueva ley de matrimonio que incluiría

una serie de reformas, no todas relacionadas con la cuestión de la igualdad para las parejas del mismo sexo, de modo que si no la expedía en el plazo otorgado se entendía que automáticamente la ley de matrimonio incluía a las parejas del mismo sexo.

En cuanto a la Suprema Corte de Massachusetts informan que suspendió el efecto de su fallo por 180 días, “a fin de permitirle a la Legislatura que tome las medidas que considere adecuadas en virtud del presente fallo”, pero advirtiendo que las uniones civiles no eran sustituto adecuado del matrimonio.

Según los demandantes, una de las vías intermedias posibles es el establecimiento de una sentencia de constitucionalidad condicionada, con efectos diferidos, que esta Corporación ya ha establecido en casos anteriores, figura que consiste en “condicionar la constitucionalidad de una norma y que esta decisión solo surta efectos a partir de un plazo determinado con el fin de otorgar al legislador un periodo de tiempo en el cual puede ajustar el ordenamiento jurídico”, como lo hizo en el estudio de las normas sobre el sistema UPAC, del régimen diferenciado de competencias laborales, en el estudio del régimen legal de los corregimientos departamentales en las antiguas intendencias y comisarías y en la regulación de la detención transitoria por parte de la policía, entre otros.

Así las cosas, “en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo podría tomarse una decisión que garantice el derecho, pero que otorgue un margen al legislador para realizar los ajustes que considere pertinentes” y, “dado el caso de que culminado este plazo el legislador no regule la materia, se mantenga el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo”, porque la sola exhortación, sin plazo definido y sin reconocimiento del derecho “no garantizaría plenamente los derechos de las parejas del mismo sexo y aplazaría por muchos años más una injusticia que riñe seriamente contra nuestra organización estatal fundada en el respeto a la dignidad humana y a la igualdad”.

Resumen sus pretensiones expresando que la decisión más adecuada es una sentencia condicionada de efectos inmediatos y que en caso de que no proceda la Corte a dictar una sentencia aditiva o integradora, solicitan una modalidad de sentencia de constitucionalidad condicionada con efectos diferidos para que reconozca en forma inmediata el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, pero que, en virtud de la libertad de configuración del legislador, le otorgue “un plazo de seis meses” para que regule en forma no discriminatoria el matrimonio para las parejas del mismo sexo, pero “precisando que si el Congreso no realiza esa regulación en ese plazo, entonces debe entenderse que rige plenamente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, con base en la regulación vigente y los condicionamientos hechos por la Corte en la sentencia que profiera frente a esta demanda”.

Formulan luego “otras peticiones subsidiarias por razones de técnica constitucional derivadas de una discutible (y ojalá abandonada) doctrina” y tras

precisar que respecto del artículo 113 del Código Civil la pretensión principal es declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión “un hombre y una mujer”, mientras que la primera pretensión subsidiaria consiste en declarar la inexecutable de la interpretación de aquella expresión, conforme a la cual las parejas del mismo sexo se encuentran excluidas de posibilidad de contraer matrimonio y la segunda pretensión subsidiaria “consiste en que, en el evento de que la Corte no acceda a ninguna de las pretensiones anteriores declare la inexecutable de la expresión demandada.

Afirman que la justificación de estas pretensiones subsidiarias deriva de la Sentencia C-1299 de 2005 en la que la Corte adoptó “la doctrina según la cual los ciudadanos que presentan acciones de inconstitucionalidad no pueden solicitar en ellas la declaratoria de executable condicionada de las normas acusadas, sino simplemente la declaratoria de inexecutable, ya que la Corte es la única competente para analizar si un condicionamiento tal procede o no”.

Consideran que esta posición es errada “en términos de procedimiento constitucional y que además va en contra del principio de justicia rogada propio de la justicia constitucional, pues si se admite que la Corte Constitucional es competente para proferir decisiones de constitucionalidad condicionada de las normas, es apenas obvio que también admita que el ciudadano pueda solicitárselo en aquellos eventos en los que considere pertinente”.

Apuntan que la “práctica constitucional reciente de esta Corte ha implicado afortunadamente el abandono de esa inadecuada doctrina constitucional”, pero, indican que si la Corte decide retornar a ella, realizan un planteamiento alternativo, de conformidad con la cual de todos modos es procedente una solicitud de executable condicionada por la sencilla razón de que esta equivale a solicitar la inexecutable de ciertos entendimientos de la disposición acusada.

Agregan que la Corte Constitucional italiana en lugar de señalar la interpretación autorizada, excluye los entendimientos inadmisibles de la disposición demandada, para maximizar la autonomía interpretativa del juez ordinario, pues al limitarse a excluir el sentido inconstitucional se abstiene de fijar un único sentido conforme con la Constitución.

Con base en lo anterior, puntualizan que si la Corte no declara la constitucionalidad condicionada, le piden declarar la inexecutable de un entendimiento de la misma que es inconstitucional y, en defecto de esas dos alternativas, solicitan que declare la inexecutable de la expresión “un hombre y una mujer” del artículo 113 del Código Civil.

2.11. Anexo sobre la adopción por parejas del mismo sexo

En el anexo relativo a la adopción por parejas del mismo sexo, los demandantes plantean la aplicación de un test estricto de proporcionalidad y al efecto

enfatan que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación, que es un rasgo permanente “del cual no se puede prescindir sin perder la identidad” y que la homosexualidad es una opción legítima de expresión del libre desarrollo de la sexualidad y que merece protección del Estado, fuera de lo cual ha sido una característica históricamente usada para establecer gravosas discriminaciones, que la misma Corte ha tenido oportunidad de verificar.

Para la aplicación del test consideran que usualmente son dos los fines que se han invocado para justificar la imposibilidad de que las parejas homosexuales adopten que son: la protección de la familia y la protección del interés superior del menor.

Añaden que en la Sentencia C-814 de 2001 que declaró la exequibilidad del artículo del antiguo Código del Menor que excluía a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, la Corte se refirió a tales fines que, “son constitucionalmente imperiosos y legítimos”, pero que no justifican “el trato desigual prodigado a los compañeros permanentes homosexuales en materia de adopción”, porque la invocación de esos fines “parte de presupuestos erróneos, como considerar que el único tipo de familia que goza de protección constitucional es la familia heterosexual” y que “el interés superior de los menores se protege garantizándoles que solo pueden ser adoptados por una pareja heterosexual”.

En cuanto al primer aspecto señalan que “la familia que goza de protección constitucional no se restringe a la que se constituye a partir de la unión de un hombre y una mujer” y, en particular, aluden a la Sentencia C-814 de 2001 en la que la Corte declaró la exequibilidad de la restricción de la adopción a las parejas conformadas por un hombre y una mujer, basándose en el criterio de interpretación histórica que resulta equivocado, “pues atribuye fuerza exagerada a un hecho ambiguo del proceso constituyente, con lo cual llega a una conclusión que no solo contradice el propio tenor literal del artículo 42 de la Carta, sino los valores, principios y derechos de la Constitución, así como la dinámica evolutiva que la propia Carta confirió al entendimiento de los derechos fundamentales.

Anotan que el criterio histórico tiene un alcance limitado, porque corre el riesgo de petrificar la Constitución y, sobre todo, porque nunca es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un artículo fue incorporado a la Constitución, y menos aún precisar las razones por las cuales una propuesta de reforma no fue aprobada, dada la dificultad de establecer la voluntad o los propósitos de cuerpos plurales, por lo que “es necesario atenerse a los textos que efectivamente fueron aprobados y no intentar determinar el espíritu de las normas o presuntas intenciones de esos cuerpos plurales”, siendo esto válido respecto de las normas aprobadas, los silencios constitucionales o los rechazos de propuestas específicas debatidas en esas asambleas.

Reconocen que el criterio histórico subjetivo puede ser útil para determinados debates hermenéuticos, pero estiman que no se puede derivar de la inclusión

dentro del concepto de familia a los compañeros permanentes heterosexuales, la conclusión de que esta propuesta determina la imposibilidad constitucional de incluir dentro de tal concepto a las parejas del mismo sexo, sino que se trata de una simple suposición infundada, pues la no inclusión de una protección específica a las familias conformadas por parejas del mismo sexo “no indica que esta posición haya sido rechazada, máxime si se tiene en cuenta que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente no se dio ningún debate al respecto”.

Así pues, los constituyentes habrían reconocido “un hecho social -la existencia de familias conformadas en unión libre por parejas heterosexuales- y lo protegieron”, hecho que no puede interpretarse como una exclusión o rechazo de otras formas de conformar familia”.

Destacan la diferencia entre las cláusulas constitucionales especiales y las exceptivas y añaden que en la Sentencia C-814 de 2001 se hizo una interpretación equivocada que se basa “en el supuesto erróneo de que la intención de la Asamblea al proteger la unión heterosexual fue establecer una regla exceptiva según la cual la familia únicamente puede constituirse entre un hombre y una mujer” y al reparar en el tenor literal del precepto aprobado se advierte que no establece una excepción de la cual se derive la prohibición del reconocimiento de la familia constituida por personas del mismo sexo.

Admiten que más razonable es una interpretación del artículo 42 superior, de conformidad con la cual “contiene una regla especial que impone al legislador reconocer la familia heterosexual que nace de la unión libre, pero que esto no implica la desprotección de otros tipos de familia, como la que surge de la unión homosexual” e indican que la intención del Constituyente fue establecer una regla especial relativa a la protección de las uniones libres constituidas por personas de distinto sexo, mas no una regla exceptiva que excluya de tal reconocimiento a las uniones conformadas por personas del mismo sexo y, en general, a otros tipos de familia”.

Sostienen que la interpretación histórica plasmada en la Sentencia C-814 de 2001 contradice el tenor literal “inequívoco” de la norma en la que se reconocen tipos distintos de la familia fundada en el matrimonio y en la unión de hecho entre parejas heterosexuales y reiteran que la Corte ha reconocido la existencia de tipos de familia diferentes a la formada por una pareja monogámica y heterosexual.

Enfatizan que “esta es una buena oportunidad para que la Honorable Corte adopte una interpretación del artículo 42 que esté más acorde con un entendimiento sistemático, teleológico, evolutivo del texto constitucional, y del derecho internacional de los derechos humanos sobre las relaciones familiares y la protección de los distintos tipos de familia”.

De nuevo hacen alusión al desconocimiento de los artículos 1º, 13 y 16 de la Carta y del pluralismo que impone que algunas manifestaciones de diversidad constitucionalmente amparadas son insuprimibles por la voluntad democrática, manifestaciones dentro de las que se encuentra la opción por una preferencia sexual, como decisión soberana del individuo que no concierne al Estado e informan que, igualmente, el derecho a conformar una familia es un derecho humano fundamental que no puede ser limitado por la mayoría política y menos aún por razones claramente discriminatorias.

Concluyen que “la protección de la familia heterosexual no puede ser reconocida como un objetivo constitucional legítimo pues esto implica desconocer otros tipos de familia que también son merecedoras de protección constitucional, tal como lo es la familia constituida por compañeros permanentes homosexuales”, de donde se desprende que “el trato desigual no sobrepasa el primer paso del test de proporcionalidad, el cual es un requisito en todos los grados de escrutinio, desde el más estricto hasta el más leve”.

A continuación aseveran que “la protección del interés superior de los menores no implica que estos solo puedan ser adoptados por parejas heterosexuales” y al respecto consideran que la negación de esta posibilidad a las parejas del mismo sexo basada en la invocación de este interés tiene “una variante estrictamente jurídica y otra de carácter empírico”. En cuanto a la jurídica anotan que está expuesta en la Sentencia C-814 de 2001 en la que se dice que el interés superior del menor se garantiza permitiendo que solo pueda ser adoptado por la familia protegida constitucionalmente, esto es, por la familia que surge del matrimonio o la unión entre un hombre y una mujer y afirman que “dado que esta variante depende del presupuesto erróneo de que la Constitución únicamente protege este tipo de familia, la misma resulta carente de fundamento.

Sostienen que el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 permite adoptar a las personas solteras si satisfacen los requisitos para tal fin establecidos y que, siguiendo el razonamiento de la Sentencia C-814 de 2001, la posibilidad de que una persona soltera adopte desconocería el interés superior del menor en cuanto no se garantiza que sea adoptado por la familia constitucionalmente reconocida, pero observan que la Corte Constitucional ha reconocido que tal posibilidad es válida.

Agregan que “más aún, si se advierte que la orientación sexual de la persona es irrelevante dentro de las condiciones para adoptar y que, en tal sentido, una persona soltera homosexual puede adoptar, el impedimento para que una pareja homosexual adopte se muestra aún más carente de sustento jurídico”.

Sobre la variante de carácter empírico “se refiere a los efectos que puede ocasionar en un menor el hecho de ser criado en un ambiente homoparental” y apuntan que los prejuicios y la tendencia a “patologizar las relaciones sociales y comportamientos que no se ciñen a los parámetros de lo que es calificado

como normal” han motivado la realización de estudios científicos orientados a establecer si tales prejuicios encuentran o no asidero en la realidad.

Manifiestan que la evidencia empírica “comporta significativos retos acerca de la posición que debe asumir el juez constitucional ante tal evidencia”, por lo que exponen una serie de consideraciones que estiman de utilidad para afrontar tales retos, aclarando que ello no implica la convalidación de los prejuicios que explican la realización de los estudios, pues obedecen a razones discriminatorias e “imponer la carga de acudir a la evidencia empírica para demostrar la irracionalidad de tales prejuicios pone precisamente a la población discriminada en la obligación de probar que no existe sustento para la discriminación”.

A continuación dedican un apartado a “la evidencia empírica y su uso por parte del juez constitucional” y al efecto recuerdan que en el proceso que dio lugar a la Sentencia C-814 de 2001 la Corte Constitucional solicitó a un grupo de facultades de psicología conceptos científicos sobre el efecto que podría tener sobre los menores el hecho de ser adoptados y convivir con parejas del mismo sexo e indican que varios de esos conceptos “coinciden en señalar que la comunidad científica internacional ha llegado mayoritariamente a la conclusión de que la orientación sexual de los padres no influye negativamente en el desarrollo de los hijos”, no obstante lo cual “reconocen que sobre el tema se han presentado algunos debates, cambios de paradigma, y que actualmente subsisten posiciones minoritarias divergentes.

A continuación se refieren a los “principales postulados de los conceptos científicos” y destacan que “los resultado de la investigación convergen en un principio fundamental: los resultados de la investigación existente que compara entre padres gays y lesbianas con padres heterosexuales confirman que los estereotipos comunes no están soportados por la investigación científica”

Sobre ese particular citan un concepto del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, de acuerdo con el cual “la orientación sexual per se no constituye una condición que determine o explique diferencias en el desarrollo psicológico de lo-as hijos de parejas homosexuales” y en el mismo sentido el concepto presentado por el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia en el que se sostiene que la sociedad tiende hacia un modelo de paridad entre las funciones de cuidado y proveeduría económica independiente del sexo en la familia actual y que “la dinámica familiar de las parejas homosexuales incluso ofrece un modelo más igualitario en el aprendizaje de los roles de género que la dinámica familiar de parejas heterosexuales con menores a cargo”.

Se refieren luego a los estereotipos o temores sociales relacionados con la crianza de menores por parte de padres homosexuales, para señalar que son infundados. Así, el primer temor consiste en que el desarrollo e identidad sexual del menor se vea afectado y añaden que sobre este aspecto el estudio de la Universidad de los Andes “no encontró consecuencias en los tres aspectos

relacionales: la identidad de género, el rol de género y la orientación sexual”, como que “la mayoría de los hijos de parejas lesbianas y gays se describen a sí mismos como heterosexuales”.

Una segunda categoría de temores “involucra aspectos del desarrollo personal del niño además de su identidad sexual” y consignan que en el mismo concepto citado se resaltó que “la homosexualidad no constituye un factor que explique diferencias psicosociales entre las personas”, mientras que la Universidad Nacional destaca “los efectos positivos en el aprendizaje de la identidad sexual aceptando la homosexualidad de sus padres o madres”

Apuntan que una tercera categoría de temores “es que los hijos de gays y lesbianas pueden experimentar dificultades en sus relaciones sociales” y señalan que el concepto de la Universidad Nacional “fue enfático al afirmar que los riesgos en el ajuste psicosocial para hijas e hijos de parejas del mismo sexo no están asociados a la condición homosexual de sus padres o madres, sino al estigma que la sociedad hace caer sobre ellos”.

Se preguntan luego acerca de la actitud del juez constitucional y de su intervención en casos de controversia científica e indican que “podría argumentarse que los jueces constitucionales deben apartarse por completo de estos debates pues no tendrían condiciones para entrometerse en una controversia de la ciencia, al no tener mucho lugar para decidir cuando no existe certeza científica”.

Destacan que la Corte se ha apartado de esta posición, “pues cuando existe la posibilidad de un daño eventual e injustificado de derechos fundamentales se suscitan debates constitucionales que corresponde al juez analizar y decidir”. En estos casos “la evidencia científica existente constituye un importante elemento para la decisión del juez constitucional en cuanto a la respuesta a la pregunta de si existe un riesgo de afectación de los derechos fundamentales de los menores que pudieran ser adoptados por parejas del mismo sexo, y si de acuerdo con tal evidencia, dicho riesgo tiene la certeza suficiente para ameritar una limitación a un derecho en cabeza de quienes pretenden ejercer como adoptantes”.

Con base en lo anterior afirman que la falta de certeza científica sobre una materia no necesariamente indica una total indeterminación sobre el asunto y que el juez constitucional, apoyado en concepto técnicos, puede llegar a clarificar este estado del arte “en un campo científico, para, sin necesidad de juzgar, conocer cuáles de estas teorías o paradigmas cuentan con un grado de consolidación entre los expertos que permitan llegar a acuerdos e, incluso, verdades incontestables” y estructurar un mecanismo de decisión judicial “que permita operacionalizar el uso de esta prueba empírica”.

Añaden que en derecho comparado se han buscado esquemas para decidir estas situaciones y que una tipología interesante es la seguida por el derecho

anglosajón en las instrucciones que reciben los jurados que tienen a su cargo valorar las pruebas y llegar a decisiones de responsabilidad a partir de estas en juicios civiles y penales.

Anotan que existe un estándar de tres tipos de valoración de la prueba y que el primero es el de evidencia preponderante, caso en el cual “el peso de la prueba es de tal grado que, aun cuando no alcanza a eliminar toda duda razonable, es suficiente para inclinar la razón de manera justa e imparcial a una conclusión y no a otra”. El segundo es el de evidencia clara y convincente y, en este caso “se requiere que la evidencia indique que el hecho que se quiere probar es altamente probable o razonablemente cierto” y el “tercero y más exigente estándar es aquel que se conoce como más allá de la duda razonable”, que “se refiere a la duda que previene a alguien de estar firmemente convencido de la culpabilidad de un acusado, o de la creencia de que existe una posibilidad real de que el acusado es culpable”.

A partir de este modelo, consideran que “en muchos casos es posible clasificar el grado de certeza de esa prueba empírica” y señalan que algunas ciencias han alcanzado un grado de comprobación empírica tal que puede decirse que algunas teorías son imposibles empíricamente” y que, dentro del rango de posibilidades, “una teoría puede ser posible pero poco probable, ser preponderante en el sentido de que el resultado sea más probable que improbable o ser altamente probable cuando “la comprobación empírica prácticamente refuta cualquier otra posibilidad, pero aún subsiste un razonable margen de duda”.

Sostienen que, finalmente y “en oposición a la primera categoría, estarían aquellas teorías que se basan en experimentación y comprobación empírica más allá de toda duda razonable”, de modo que, aunque no pueda hablarse de verdades absolutas, puede decirse, en cambio, que “existen ciertas cuestiones cuyo grado de comprobación indica un altísimo grado de certeza”.

La aplicación de los anteriores criterios por el juez constitucional, tratándose de garantías reforzadas en la Constitución y de la posible limitación de un derecho fundamental debe ser tal que para que la limitación sea legítima y proporcionada “debería considerarse que el legislador o la autoridad administrativa está habilitado para entrar a limitar el ejercicio de un derecho solamente cuando cuenta con comprobación empírica del más alto grado”, de manera que “para efectos de salvaguardar la protección reforzada que prohíja la Constitución, solo se podrían usar criterios restrictivos cuando se cuenta con evidencia que indica que un resultado será altamente probable, o que las conclusiones están más allá de toda duda razonable”.

Aseveran, entonces, que “la restricción de la adopción por parte de parejas homosexuales no satisface un estándar razonable de valoración de la prueba empírica”, porque, de una parte, “existe una protección constitucional reforzada y que se deriva en la presunción de inconstitucionalidad de toda diferencia de

trato que se base en la orientación sexual” y de la otra “contamos con prueba científica que sugiere que el paradigma mayoritario y más reconocido en la materia refiere que no existe evidencia de que la crianza y educación familiar de menores por parte de parejas homosexuales afecte en modo alguno a los menores”, motivos por los cuales “basar una restricción a un derecho en este estándar probatorio es altamente desproporcionado y, por ello, contrario a la Constitución y la jurisprudencia constante de la Corte”.

Finalmente, dedican un apartado a la “aplicación del test estricto de proporcionalidad” y precisan que existen dos variables para su aplicación, pues si la Corte admite que la Constitución otorga reconocimiento y protección a familias distintas de la heterosexual, la protección de este tipo de familia no puede ser considerada como un fin constitucionalmente legítimo e imperioso, pues tal protección iría en desmedro de otros tipos de familia protegidos, por lo cual no quedaría satisfecho el primer requisito del test y no sería necesario evaluar los pasos subsiguientes.

Pero si la Corte interpreta que el artículo 42 de la Carta solo reconoce y protege la familia heterosexual, podría afirmarse que su protección es un fin constitucional legítimo e imperioso, pero el trato desigual tampoco está justificado, “porque no existe una relación de adecuación y necesidad entre el fin perseguido y la medida escogida para alcanzarlo, ya que la exclusión de la posibilidad de adoptar para las parejas homosexuales debería estar directamente relacionada con la vulneración o la amenaza cierta y clara de una posible vulneración a la familia heterosexual.

En el sentido indicado estiman que “no existe evidencia que sugiera que permitir la adopción y, a partir de ello proteger un mínimo de igualdad a las parejas del mismo sexo, se presente una vulneración o amenaza a la entidad familiar”, como incluso lo ha reconocido la Corte Constitucional que ha afinado su jurisprudencia anterior, en la cual “había considerado a la protección de la familia heterosexual como una justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a las parejas heterosexuales”.

En cuanto hace a la protección del interés superior del menor, reconocen que se trata de un fin legítimo e imperioso, pero consideran que no permitir la adopción a parejas del mismo sexo es una medida inadecuada e innecesaria respecto de ese fin, porque “la evidencia científica mayoritaria no respalda los prejuicios según los cuales el interés de los menores se vulneraría o pondría en riesgo si son adoptados por una familia homoparental”, luego la protección del interés del menor no precisa la prohibición de la adopción por parejas homosexuales.

Por la anotada razón, tampoco se satisface el criterio de estricta proporcionalidad, “pues no existen beneficios que se deriven de tal medida, mientras que la misma sí genera graves costos en materia de la garantía de derechos fundamentales” y, concretamente, del derecho a la igualdad de las personas homosexuales que conviven en pareja.

IV. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista, en cumplimiento de lo ordenado en Auto de 12 de enero de 2011, la Secretaría General de esta Corporación informó que, de acuerdo con las comunicaciones libradas, se recibieron los siguientes escritos de intervención:

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La Subdirectora Jurídica (e) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió al despacho del Magistrado Sustanciador copia de la respuesta dada a la petición elevada por varios ciudadanos, en la que solicitaron información acerca de si existían estudios sobre el impacto económico que implicaría el reconocimiento o legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, en lo referente a una eventual sustitución pensional.

Sobre el particular, informó que esa cartera ministerial no cuenta con estudios sobre el impacto económico que causaría la sustitución pensional de admitirse el matrimonio de parejas homosexuales.

Adicionalmente, señaló que dentro del presupuesto nacional no se han incorporado partidas adicionales para sufragar el costo de un eventual reconocimiento de dicha prestación.

2. Alcaldía Mayor de Bogotá

2.1. La Secretaría Distrital de Integración Social se pronunció sobre las demandas de inconstitucionalidad de la referencia, a favor de la declaratoria de inexequibilidad de los preceptos normativos acusados.

De manera preliminar, menciona que comparte todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de las demandas, así como las precisiones y conclusiones allí plasmadas por los actores pero, adicionalmente, realiza las siguientes consideraciones:

Los derechos que reclaman las parejas del mismo sexo a conformar una familia y a contraer matrimonio se encuentran consagrados en distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos ratificados por Colombia, entre los cuales se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, que constituyen normas jurídicas que forman parte del bloque de constitucionalidad y que, por lo tanto, deben ser observadas por la Corte Constitucional para efectos de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto que se debate.

Conforme al precedente consolidado por la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, considera que en el caso específico de las normas cuya constitucionalidad se demanda en esta oportunidad, deben someterse a un test estricto de proporcionalidad para determinar que el trato diferenciado es injustificado, establecer el déficit de protección y concluir la violación de derechos como la igualdad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Desde esa perspectiva, estima que los mismos razonamientos jurídicos contenidos en las providencias que dieron lugar al reconocimiento y a la extensión de derechos y prerrogativas aparentemente exclusivas de parejas heterosexuales o de otras estructuras familiares similares a las parejas del mismo sexo, deben ser invocados y aplicados en esta oportunidad para interpretar correctamente, y sin discriminación alguna, el contenido y alcance del artículo 42 de la Constitución Política.

Partiendo de la consideración de que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, informa que el Distrito Capital ha venido adelantando una política pública social en materia de protección de los derechos de las familias, sin atender a la distinción de género de quienes la conforman.

Explica que la política pública por la garantía de los derechos, el reconocimiento de la diversidad y la democracia en las familias del Distrito Capital, amplía el concepto de familias, reconociendo los nuevos arreglos y preferencias de composición de los hogares en Bogotá que contempla grupos familiares integrados por lesbianas, gays, bisexuales y transgénero.

En su criterio, la constitución de una familia no debe definirse ni condicionarse a la orientación sexual o identidad de género de sus integrantes iniciales, ya que los factores de convivencia que permiten construirse socialmente como familia son los mismos para personas heterosexuales y homosexuales.

Finalmente, a manera de soporte y para mayor ilustración, la Alcaldía Mayor de Bogotá acompañó su escrito con un material reproducido en medio magnético que contiene el documento denominado: “Conversatorio Bogotá le dice sí a la diversidad de las familias”.

2.2. La Subsecretaría de Mujer, Géneros y Diversidad Sexual de la Secretaría Distrital de Planeación solicita la declaración de inexecutable de las expresiones demandadas, ello por cuanto considera que dichas disposiciones normativas vulneran el derecho a la igualdad por las siguientes razones:

- Por no dar reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo, negándoles los efectos civiles del matrimonio, con fundamento en los cuales las parejas heterosexuales ejercen plenamente su derecho a conformar una familia por

vínculos jurídicos, a pesar de que la conformación de este tipo de familia está permitida constitucionalmente.

- La discriminación no tiene argumentos válidos, en la medida en que el matrimonio civil es esencialmente un contrato, que podría celebrarse entre dos personas del mismo sexo, sin que sean diferentes su compromiso, sentimientos y alcances contractuales, en comparación con las parejas heterosexuales que contraen matrimonio civil.

- Las parejas del mismo sexo tienen las mismas capacidades para conformar familia, criar hijos e hijas, pensar lo contrario es homofóbico, en el sentido de percibir a gays, lesbianas y bisexuales como menos capaces que las personas heterosexuales para tales fines.

- No reconoce que la familia tradicional, conformada por parejas heterosexuales, ha estado históricamente enmarcada en una relación de poder entre los cónyuges, en la cual, en la mayoría de ocasiones, los hombres son la parte dominante y las mujeres sufren las mayores situaciones de violencia física, psicológica, económica y sexual. Lo que lleva a señalar que si bien el hecho de que una pareja sea del mismo sexo no garantiza la ausencia de violencia en el trato, bien puede ser una opción para que la relación sea más igualitaria.

- Por otro lado, a su juicio, la concepción tradicional de familia como núcleo social, inmersa en las disposiciones normativas objeto de la presente demanda, implica que ésta sea vista como una unidad sellada e inamovible, restándole importancia a las relaciones afectivas que se transforman de manera constante, ante lo cual es necesario que las autoridades del Estado reconozcan la evolución social de la familia, garantizando sus derechos en un escenario pluralista y democrático.

3. Defensoría del Pueblo

El Defensor del Pueblo solicita la exequibilidad de las normas demandadas bajo las siguientes consideraciones:

En primer lugar, respecto de la expresión “de procrear” como uno de los fines deseables del matrimonio, estima que el argumento elaborado por los accionantes obedece a una interpretación que no corresponde a su contenido real.

En efecto, tal como lo señalan los demandantes, la procreación es una de las finalidades del matrimonio civil; no obstante, lejos de establecer una condición indispensable para construir y perfeccionar el acuerdo nupcial, reconoce la existencia de una causa o fin que podría motivar o inducir a los contrayentes para la celebración del matrimonio. Sin embargo, de la lectura del artículo 113 del Código Civil, se infiere que ése móvil determinante bien podría ser,

también, el de vivir juntos, el de auxiliarse mutuamente, sin que los mismos tengan carácter restrictivo, ni implique imperativamente su realización.

La procreación como finalidad en sí misma considerada es plausible y coherente con el vínculo matrimonial y con el ordenamiento constitucional, que ampara a la familia como institución básica de la sociedad. El reconocimiento legal de esta finalidad no es razón para un planteamiento de inconstitucionalidad.

En consecuencia, solicitó a la Corte declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la expresión “de procrear” prevista en el artículo 113 del Código Civil, por cuanto la demanda no cumple el requisito de certeza que rige la formulación de cargos de inconstitucionalidad.

De forma subsidiaria, en caso de proceder al examen de fondo de la disposición acusada, se solicita la declaración de exequibilidad.

En segundo término, la Defensoría del Pueblo, en relación con la exequibilidad de la expresión *‘un hombre y una mujer’* referida al contrato civil de matrimonio, recordó que en el trámite del proceso D-7290, que culminó con la Sentencia C-029 de 2009, la Defensoría coadyuvó las pretensiones, siempre que las normas en cuestión no fueran interpretadas en el sentido de excluir a las parejas homosexuales de los derechos, cargas y beneficios allí previstos para las parejas heterosexuales. En resumen, argumentó que la protección de los derechos de las parejas homosexuales se podía lograr sin necesidad de declarar la inexecutable de expresiones relativas al concepto de familia.

En la Sentencia C-507 de 2004, la Corte hizo un breve recuento acerca de la evolución de las normas civiles, en especial el artículo 113 del Código Civil, concluyendo que el legislador de finales del siglo antepasado y del siglo pasado no tuvo la intención de excluir, ni discriminar a la parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio, ya que para el momento de la expedición de las normas civiles relativas a tal contrato ‘las parejas homosexuales no constituían una realidad visible, que se mostrase como requerida de protección jurídica y que hubiese recibido reconocimiento por el ordenamiento’¹.

A la pregunta acerca de si el artículo 113 del Código Civil, al señalar que el matrimonio es un contrato celebrado entre un ‘hombre y una mujer’, vulnera los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y al reconocimiento de la personalidad jurídica de las parejas del mismo sexo, se le da respuesta negativa, considerando que:

- El artículo 113 del Código Civil regula una única forma de matrimonio civil, referido a las parejas heterosexuales, sin que ello signifique que el legislador

¹ Citó la Sentencia C-075 de 2007.

pretendió discriminar, toda vez que en esa época las parejas del mismo sexo no eran visibles.

- El artículo 113 del CC, desarrolla el precepto contenido en el inciso 1° del artículo 42 de la Constitución Política, así lo ha puntualizado la Corte en la Sentencia C-098 de 1996, en la que no se accedió a la solicitud de declarar inexecutable las normas que limitan la unión marital de hecho a las parejas heterosexuales; en la Sentencia C-075 de 2007, en la cual indirectamente señaló que las uniones maritales de hecho se predicen de las parejas heterosexuales y no de las homosexuales, tanto así que solo les reconoció efectos patrimoniales, pues dedujo que frente a ellas existía una omisión de protección legal y no un problema de igualdad de trato; en la misma línea se puede consultar la Sentencia SU-623 de 2001, en la que se señaló, respecto de las disposiciones legales que determinan quiénes son los beneficiarios del afiliado, que la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar y, por lo tanto, una relación heterosexual; en la Sentencia C-271 de 2003, se observó que el artículo 42 Superior se encarga de calificar a la familia y designa los encargados de su protección.

Si bien las parejas del mismo sexo han alcanzado un importante nivel de defensa de sus derechos a partir de las Sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008 y C-029 de 2009, todavía persisten algunas limitaciones para acceder al nivel de protección que tienen las parejas heterosexuales.

La demanda propone las siguientes diferencias, en términos de protección, entre el matrimonio civil y la unión marital de hecho: (i) en el matrimonio se consagran obligaciones de cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda mutua, cuyo incumplimiento es causal de divorcio; (ii) no existe obligación de alimentos para el compañero permanente culpable como sí frente al cónyuge culpable (Sentencia C-174 de 1996 y numeral 4° del artículo 411 del Código Civil; (iii) no se ha reconocido aún el estado civil de compañero permanente derivado de la unión marital de hecho y (iv) dificultades para acceder a la afectación de la vivienda familiar y la denuncia penal por el incumplimiento de la obligación alimentaria, al amparo de lo previsto en la Sentencia C-029 de 2009. A lo anterior habría que agregar la inexistencia de vocación sucesoral y, por ende, de la aplicación de la figura de porción conyugal (Sentencia C-174 de 1996).

Con lo anterior se demuestra que, en términos de protección, los regímenes son distintos y sus efectos también. Así, las parejas del mismo sexo no tienen el nivel de protección de las parejas heterosexuales, básicamente porque, hasta el momento, la jurisprudencia de la Corte solamente ha extendido a su favor los efectos de las uniones maritales de hecho, en virtud de los juicios de constitucionalidad que se han reseñado.

En efecto, si se estima que el artículo 113 del Código Civil es executable por encontrar que corresponde al desarrollo del inciso 1° del artículo 42 de la

Constitución Política, a la vez cabría considerar que existe una omisión legislativa, sin intención, originada en la falta de regulación. En ese caso, la Corte podría exhortar al Congreso de la República para que, en el término de dos legislaturas, subsane la omisión señalada, en el sentido de reconocer una forma de unión de naturaleza civil que tenga efectos de protección para las parejas del mismo sexo que resulten análogos a los de las parejas heterosexuales, con las diferencias razonables y proporcionales que existan, de acuerdo a los precedentes consagrados en las Sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008 y C-029 de 2009.

Existen dos razones que impiden proferir una sentencia aditiva, la primera, que el régimen actual del matrimonio corresponde esencialmente a una regulación que establece un régimen de derechos y deberes que surgen de una modalidad de relación familiar reconocida expresamente por el Constituyente; motivo por el cual no es viable solicitar su inmediata aplicación y, la segunda, porque, según la Corte Constitucional, ‘existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras’, (Sentencia C-029 de 2009).

Sobre la exequibilidad de la expresión ‘*un hombre y una mujer*’ con relación a la institución familiar, la Defensoría del Pueblo señaló:

El inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y el inciso 1° del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, objeto de impugnación, reproducen la definición de familia que consagra el artículo 42 del texto superior. Y aunque nada dice la demanda al respecto, la Defensoría encuentra que con esta acusación en el fondo lo que esta insinuando es la supuesta inconstitucionalidad de un precepto constitucional.

El mandato de protección integral de la familia y la definición de esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, pueden dar lugar a previsiones legislativas que atiendan a esa particular realidad, y que, en la medida en que, como respuesta a un imperativo constitucional, se orienten a la protección de ese núcleo esencial de la sociedad, no pueden considerarse como discriminatorias, por no incluir en ellas situaciones que no encajan en el concepto constitucional de familia.

En consecuencia, la expresión ‘*un hombre y una mujer*’ incluida en las normas legales se refiere a la institución de la familia (concepto tradicional), se limitan a recoger y reiterar una norma constitucional y, por ello, se ajusta a la Constitución Política.

En conclusión, propone a la Honorable Corte Constitucional:

- Declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la expresión ‘de procrear’ prevista en el artículo 113 del Código Civil, por no

cumplir con el requisito de certeza que rige la formulación de cargos de inconstitucionalidad. De forma subsidiaria, y por las razones expuestas, en caso de proceder al examen de fondo de la disposición acusada, se solicita la declaración de exequibilidad.

- Declarar exequible la expresión ‘un hombre y una mujer’ consagrada en el artículo 113 del Código Civil y exhortar al Congreso de la República, para que, en un término no mayor a dos legislaturas, regule una forma de unión de naturaleza civil que tenga efectos de protección para las parejas del mismo sexo que resulten análogos a los de las parejas heterosexuales, al amparo del inciso 9° del artículo 42 de la Constitución Política, con las diferencias razonables y proporcionales que existan, entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, de acuerdo con los precedentes consagrados en las Sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008 y C-029 de 2009.

- Declarar exequible la expresión ‘un hombre y una mujer’ contenida en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y el inciso 1° del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009.

4. Personería Municipal de Medellín

El Personero Municipal de Medellín, dentro de su intervención en el proceso de la referencia, solicita que las disposiciones acusadas sean declaradas inconstitucionales, con el argumento de que constantemente el derecho está evolucionando conforme a los cambios sociales y culturales, resaltando en su escrito ciertos acontecimientos históricos, entre los que se encuentran la consagración de la igualdad de derechos y el reconocimiento de la ciudadanía a la mujer, así como también, el avance que el ordenamiento legal tuvo frente a los afrodescendientes, cuando los aceptó como ciudadanos con igualdad de derechos. Por tanto, con fundamento en esa perspectiva, refiere que la familia también está sujeta a evolución y cambios, de ahí que bien puede ser reconocida la que conforman las parejas homosexuales.

Manifiesta que existen otras formas de familia y no únicamente la constituida por parejas heterosexuales, y que la procreación es uno de los fines del matrimonio, pero no constituye el único.

Para terminar, señala que, dentro de los tratados internacionales, es reconocida la unión matrimonial entre personas del mismo sexo y que Colombia se encuentra sujeto a ellos, por lo mismo, es obligación del Estado dar aplicación a los preceptos allí establecidos.

5. Personería Municipal de Armenia

El Coordinador de Género y Diversidad Sexual de la Personería Municipal de Armenia rindió concepto en el proceso de la referencia, solicitando el

reconocimiento pleno de los derechos de la población LGTB y respaldó los argumentos de las demandas con el propósito de obtener la protección de los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad de esa población estigmatizada.

6. Organización de las Naciones Unidas -ONU-

El Coordinador del Programa de Lucha Contra la Impunidad de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresó su concepto en relación con las demandas de la referencia, mediante escrito de intervención, en el que se refirió a los estándares internacionales en materia de familias constituidas por parejas del mismo sexo.

A manera de consideración general, comienza por señalar que los instrumentos internacionales de derechos humanos no definen la familia o la forma de familia que se protege a través del matrimonio. Ello, conduce a que cada Estado establezca los requisitos y las condiciones para conformar una familia, siempre dentro de los límites que imponen los tratados internacionales y el respeto por el derecho a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación.

Desde esa óptica, advierte que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones de un mismo Estado, pues así lo permite la Observación General No. 19 y la Recomendación General No. 21, expedidas por ese organismo.

Sin embargo, puntualiza que la ausencia de una definición uniforme de familia no significa imponer como condición *sine qua non* del matrimonio algunas exigencias como la procreación, pues ello, además de excluir tajantemente a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, también resquebrajaría el matrimonio heterosexual, cuando los cónyuges libremente deciden no tener hijos o simplemente a la mujer no le es posible concebir.

Adicionalmente, menciona que desde el año 1999, el Comité para los Derechos Humanos advirtió que la falta de reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo por parte del Estado, no vulnera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, precisa que la no obligatoriedad no implica que el reconocimiento del matrimonio entre homosexuales no sea adecuado, en caso de que un Estado decida adoptar un estándar más alto, en virtud del análisis que realice sobre la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación en el contexto de sus normas internas.

Concluye su intervención señalando que, para determinar si es válido o no excluir la posibilidad de matrimonio entre parejas del mismo sexo, desde el punto de vista del derecho internacional, cada Estado debe valorar si dicha exclusión persigue un objetivo legítimo o si, por el contrario, constituye un acto de discriminación que priva de manera injustificada a un grupo de personas del

acceso a uno de los derechos consagrados por las normas internacionales y de la protección del Estado que se deriva de su ejercicio.

7. Polo Democrático Alternativo

7.1. La Presidenta del Polo Democrático Alternativo, intervino en el trámite de la presente acción con el propósito de impugnar la constitucionalidad de las normas demandadas, sobre la base de estimar que éstas resultan incoherentes con la práctica social y jurídica, pues genera en las parejas del mismo sexo dificultad para acceder de manera efectiva a los derechos que ya les han reconocido en virtud, precisamente, de los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

7.2. El Coordinador Nacional del Polo Rosa señaló que el debate jurídico sobre el derecho al matrimonio se debe centrar en el desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, a la igualdad formal ante la ley, en tanto la diferencia de las uniones de las parejas del mismo sexo y las de diferente sexo radica en la naturaleza jurídica del contrato por el cual acceden a los derechos sociales y patrimoniales que les otorga su unión, que son los mismos para ambos tipos de pareja.

Así las cosas, concluyó, la Corte Constitucional tiene en este proceso una oportunidad ideal para eliminar una limitante inaceptable para celebrar un contrato en razón del sexo de las personas, y que, por lo tanto, merece el rechazo de la sociedad en su conjunto, toda vez que a la luz del mandato constitucional y de la aspiración de cualquier sociedad democrática, el sexo de las personas no puede ser impedimento para realizar una acción civil en desarrollo de la autonomía de la voluntad. La vigencia de esta limitante solo podría explicarse por el predominio de una concepción patriarcal, machista y heterosexista.

7.3. Gloria Inés Ramírez Ríos, Senadora de la República por el Polo Democrático Alternativo, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de las normas demandadas, lo anterior, de conformidad con la posición democrática y humanista que, en diferentes oportunidades, ha asumido el Alto Tribunal Constitucional de Colombia, en el reconocimiento de plenas garantías para el ejercicio de los derechos sociales fundamentales en favor de personas con diferente opción sexual e identidad de género.

8. Partido Verde

Ángela María Robledo y Alfonso Prada, Representantes a la Cámara, integrantes del Partido Verde y, autorizados por la Dirección Nacional del mencionado partido, intervinieron en el proceso de la referencia para solicitarle a esta Corporación la declaración de inexequibilidad de las normas demandadas, por cuanto no debe permitirse más discriminación para las personas homosexuales. Por ello, solicitan se garantice una igualdad independientemente de la diversidad y preferencia sexual de las personas.

Advierten que, con el impedimento que consagra la ley, se constituyen ciudadanos de primera y segunda categoría, hecho que contraría los preceptos constitucionales.

Por último, señalan que familia no solamente es la constituida por padres e hijos, sino que además, existen varias modalidades reconocidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

9. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - Grupo de Acciones Públicas

Dentro de su intervención, el grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, solicitó declarar la inconstitucionalidad de las expresiones “*hombre y mujer*” de los artículos 113 del Código Civil y 2º de la Ley 294 de 1996, así como también, la expresión “*procrear*” del Artículo 113 del Código Civil, al igual impetran que se declare constitucional, de forma condicionada, la palabra “*familia*”.

Frente al primer punto, manifiestan que la expresión “hombre y mujer” atenta contra los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre opción sexual y a la autonomía. Bajo este entendido refieren que no se puede concebir un Estado ni heterosexual ni homosexual, que acepte o privilegie una sola forma de conformación familiar, pues unos serán ciudadanos de segunda y objeto de discriminaciones por parte del sistema jurídico, como en la actualidad se presenta con las personas homosexuales.

Respecto de la familia, argumentan que, según el artículo 42 de la Constitución Política, también se puede conformar por la “voluntad responsable”, de quienes la integran, de modo que a esta institución se puede llegar por caminos diferentes y no necesariamente por la unión de un hombre y una mujer, máxime, cuando el concepto de familia actualmente ha ido evolucionando y no sigue fundamentado en los vestigios del derecho romano, al igual que en el concepto de matrimonio de la Iglesia Católica, pues si bien, son referentes de nuestra historia, no son el eje de la familia perfecta, concebida en un Estado respetuoso de la libertad y la dignidad de la persona.

Advierten que el mencionado artículo reconoce, en la segunda frase, tres elementos semánticos sujetos al verbo rector *constituir*: (i) por vínculos naturales o jurídicos, (ii) por la decisión libre de un hombre y una mujer y (iii) por la voluntad responsable de conformarla.

Por tanto, refieren que, conforme a lo expuesto por la Real Academia de la Lengua Española, uno de los usos lingüísticos de la coma es “separar o aislar elementos u oraciones dentro de un mismo enunciado. La coma separa los elementos de una enumeración, siempre que estos no sean complejos y ya contengan comas en su expresión, pues, en este caso se utiliza el punto y coma.

Cuando la enumeración es completa o exhaustiva, el último elemento va introducido por una conjunción (y, e, o, u, ni), delante de la cual no debe escribirse coma”. Así pues, señalan que en la enunciación aludida se está ante una coma de enumeración completa o exhaustiva, dada por la conjunción “o”, dirigida a demarcar el límite entre ideas disociadas.

De tal forma que, entender que el primer elemento y el tercero son enunciados que obedecen a la condición expresa del segundo (decisión libre de un hombre y una mujer) no es una interpretación, sino el incorrecto entendimiento de la oración por yuxtaposición de los bloques semánticos. Agregan que, el último elemento de la oración está separado de los demás por la letra “o” y que la misma es definida como una “Conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo cuando expresa alternativa entre dos opciones”, hecho que confirma el efecto desintegrador del enunciado y demuestra que la consecución de uno de los elementos necesarios para la constitución de la familia, no implica la de los otros dos.

Frente al carácter religioso del matrimonio señalan que, después de la Revolución Francesa y debido a la influencia de los filósofos del siglo XVIII, el matrimonio perdió su carácter sacramental y adquirió un status de contrato civil, pasando a ser regulado por las leyes de la materia y, por ende, éstas no pueden negar la posibilidad de que se celebre entre personas del mismo sexo, pues se tornaría en una situación vulneradora de sus derechos con fundamento en su condición sexual.

Otro sustento para solicitar la constitucionalidad condicionada de la expresión “familia”, es que no solo, ésta constituye la única forma de perpetuación y conservación de la especie humana, entre otras, porque existen familias que no son constituidas para procrear; como las conformadas por madre e hijos, padre e hijos, abuelos y nietos y parejas homosexuales y por éste hecho, no significa que no lo sean. Por tanto, no solo son familia las conformadas por parejas heterosexuales.

En escrito separado, Juliana Franco Calvo y Juana Valentina Micán García, en representación del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, aportaron dos decisiones judiciales recientes en el Derecho Comparado Argentino que reconocen el matrimonio entre las parejas del mismo sexo. Dentro de las cuales resaltan algunos pronunciamientos como los siguientes:

“(…) el deber del juez es sobrepasar todas aquellas dificultades y obstáculos que causen la vulneración de los derechos de las personas. Si bien el juez no se encarga, en este caso, de declarar la inconstitucionalidad de las normas vulneradoras es porque considera que el legislador, ha dejado la normatividad en un estado de “caso no previsto” que este mismo deberá enmendar.”

“Los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros.”

Adicionalmente, manifiestan que la decisión de casarse es de índole personal y, por tal motivo, no puede ocasionar daños a terceros diferentes al desacuerdo por el plan de vida elegido, basado en concepciones religiosas o costumbres sociales.

10. Universidad Jorge Tadeo Lozano

El Director del Área de Derecho Público de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas, intervino en el trámite del presente juicio, a efectos de instar a esta Corporación para que declare la inexecutable de la disposición tachada por inconstitucional.

Con apoyo en jurisprudencia proferida por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana, en la cual se resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, en contra de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, a través de los cuales el legislador amplió el concepto de matrimonio para incluir a las parejas conformada por personas del mismo sexo y la facultad para adoptar.

Resaltó que los vínculos afectivos con vocación de permanencia entre personas no heterosexuales son una realidad social que requiere regulación jurídica, a la luz del mandato de igualdad, el cual es vinculante siempre que existan supuestos de hecho equivalentes.

En este sentido, es función del Tribunal Constitucional, como órgano de control que armoniza el ordenamiento jurídico con la Norma Fundamental, hacer respetar el principio de igualdad cuando la norma restringe un derecho civil a un grupo de personas sin justificación alguna. Si el Tribunal verifica que una norma limita o trata de forma diferencial a un grupo humano, debe orientarse en su pronunciamiento por el principio de igualdad.

Sostiene que el constituyente no fue explícito al recoger el tipo específico de familia. Antes bien, consagra la pluralidad social y jurídica como principio orientador en el ejercicio de interpretación, aplicación y producción de normas jurídicas, siempre con el ánimo de responder a la complejidad y heterogeneidad de las sociedades actuales. Es más, el constituyente ni siquiera debatió el asunto de las parejas del mismo sexo, razón por la cual no puede afirmarse que las prohibió o que las privó de protección. Lo anterior, además, se debió a la exclusión social, cultural y política a la cual han estado sometidas las personas homosexuales en la historia, situación que necesita ser corregida y protegida en Estados democráticos y pluralistas como el mexicano y el colombiano.

Destaca que en la precitada sentencia mexicana, se recogen varios conceptos que afirman que el matrimonio no es una institución inmutable o petrificada, por lo tanto no se concibe que su conceptualización tradicional deba permanecer inmodificable. Por el contrario, es función del Estado, y en este caso de las Altas

Cortes, armonizarla y ampliarla con el ánimo de que proteja a la mayor cantidad de individuos posibles.

Refiere que el tribunal constitucional mexicano señaló la importancia de que en casos como estos la jurisprudencia se oriente por los principios *pro persona* y *pro libertatis*, de conformidad con los cuales siempre debe hacerse u optarse por una interpretación extensiva, en todo lo que favorezca el ejercicio de la libertad y restrictiva en todo lo que limite o se contraponga a ella. De otro modo la interpretación constitucional no estaría en correspondencia con la realidad social, ni con las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad pluralista.

Si bien ningún tratado internacional obliga a los Estados a definir el matrimonio de una u otra forma, ni impiden que se extiendan los derechos a más personas, éstos sí pretenden proscribir cualquier limitación a las libertades fundamentales civiles, como en este caso, la de contraer matrimonio.

El hecho de que haya parejas del mismo sexo que adopten niños y niñas en nada violenta el interés superior del niño, niña y adolescente, asegurar lo contrario es generalizar el estereotipo frente a la idoneidad de las personas no heterosexuales en su capacidad para ser padres de familia. Interés que nada tiene que ver con la orientación sexual de sus padres.

Según el tribunal supremo mexicano, si se acepta que los niños y niñas que crecen en familias conformadas por personas del mismo sexo van a ser discriminados o rechazados, ello sería tanto como constitucionalizar y aceptar un tipo de discriminación, en vez de luchar por contrarrestarla. Recordó que en una época los niños adoptados eran rechazados, así como los hijos de madres solteras y los hijos extramatrimoniales. Por eso mal haría el Tribunal Constitucional en hacer parte de esta tendencia, pues su labor es evitar y establecer criterios para eliminar cualquier forma de discriminación y rechazo humano.

De no ser así, los niños y niñas que ya conviven con parejas homosexuales no tendrían la misma protección, ni podrían acceder a los mismos derechos que aquellos que conviven con parejas heterosexuales, lo que conlleva riesgo para el interés superior del niño o niña, discriminación que no puede contar con el aval del Estado.

11. Pontificia Universidad Javeriana - Instituto de Estudios Sociales y Culturales - Grupo de investigaciones “Pensar (en) Género”

El Instituto de Estudios Sociales y Culturales y el Grupo de investigaciones “Pensar (en) Género” de la Pontificia Universidad Javeriana, intervinieron en el presente proceso, solicitando la declaración de inexequibilidad de los preceptos normativos demandados, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La experiencia mexicana puede resultar altamente enriquecedora para esta Corporación, en el debate jurídico que enfrenta, toda vez que existen circunstancias sociales y culturales similares.

Afirman que existe un punto en común: la persistencia de serios prejuicios en torno a la homosexualidad, los cuales impiden apreciar con objetividad a las personas con orientación sexual diversa.

Destacan que puede ser de mucha utilidad el informe presentado por la Diputada María Alejandra Barrales Magdaleno², ante la Corte Suprema de Justicia de dicha Nación, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad presentada por el Procurador General de la República, en la que atacaba la reforma legal a través de la cual la Asamblea dio vía libre a la celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo y la adopción de menores por parte de estas parejas, por los sólidos argumentos jurídicos que apoyan la causa emprendida por todas las parejas del mismo sexo y la información procedente de las ciencias sociales y humanas, que se encuentran estrechamente relacionada con el problema jurídico bajo estudio.

12. Universidad de Santander-UEDES

La Directora del Semillero en Jurisprudencia y Activismo Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santander -UEDES-, intervino en el proceso de la referencia a fin de coadyuvar las pretensiones de la demanda sustentando su intervención en las siguientes razones:

En primer lugar, indicó que resulta limitada la interpretación del artículo 42 de la Constitución Política según la cual la familia es la constituida únicamente “por un hombre y una mujer” que voluntariamente contraen matrimonio, pues considera que no hay lugar a tal restricción, si se tiene en cuenta que la norma plantea varios elementos que permiten obtener el reconocimiento de la familia tales como: (i) el núcleo fundamental de la sociedad; (ii) como producto de vínculos naturales o jurídicos; (iii) como derivada de un contrato matrimonial o (iv) por la voluntad responsable para conformarla.

En ese orden de ideas, señaló que la familia encuentra solo uno de sus orígenes en el contrato de matrimonio, sin que ello implique que esta sea la única forma de constituirla, pues también puede surgir de la voluntad libre de la pareja de conformarla. Así mismo, advirtió que, en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden decidir si conforman su núcleo familiar a través de vínculos naturales o jurídicos.

Adicionalmente, manifestó que la interpretación restrictiva del artículo 42 constitucional es errónea bajo la aplicación del principio *pro homine*, pues, en

² Presidenta de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

virtud del mismo, cuando existen dos o más interpretaciones de una norma debe elegirse siempre aquella que sea más favorable a las garantías de las personas, de ahí que considere que la aplicación restrictiva de la norma resulta inconstitucional.

Por las razones expuestas concluye que les asiste razón a los demandantes al proponer los cargos contra las normas acusadas.

13. Universidad Autónoma de Colombia y Universidad de Medellín

La Directora del Grupo de Investigación Filantropía Iuris de la Universidad Autónoma de Colombia y el Grupo de Investigaciones en Teoría del Derecho de la Universidad de Medellín, intervinieron en el proceso de la referencia solicitando que se declare la inexecutable diferida de las normas demandadas y que se exhorte al Congreso de la República para que, en desarrollo del artículo 42 de la Constitución Política, expida la normativa que sea necesaria para que se ampare la unión de parejas del mismo sexo con el ánimo de constituir familia y se incorporen los mecanismos de protección para este tipo de uniones.

Explicaron que el eje central de la solicitud es proteger a las minorías como elemento fundamental para el fortalecimiento del sistema democrático y señalaron que la discusión que genera la norma demanda conduce a la realización de un debate más detenido y profundo, en atención a la importancia del tema, de tal manera que se pueda determinar si, en realidad, existe vulneración del derecho a la igualdad y, por lo tanto, la necesidad de declarar la inexecutable.

Advirtieron sobre la necesidad de identificar si la protección que se pretende por los demandantes está encaminada a obtener el reconocimiento de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio o sí, por el contrario, pretenden que se les atribuya el derecho a constituir una familia. Al respecto, las mencionadas entidades consideraron que lo que se pretende con las demandas de referencia es el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia.

Bajo ese análisis, concluyeron que la discusión en relación con el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia no se debe desarrollar dentro del ámbito del principio de la igualdad, sino de conformidad con el deber político de las mayorías de respetar las diferencias. Manifiestan que el mismo reconocimiento de familia merece la pareja de ancianos que contraen matrimonio, como la madre o el padre cabeza de familia a cargo de sus hijos, como los abuelos que conviven con sus nietos o las parejas del mismo sexo, en la medida en que en cada una de estas situaciones exista un ánimo societario fundado en el deseo de convivir, auxiliarse y desarrollarse como personas.

Por tal razón, sostienen que se debe insistir en la necesidad de desmatrimonializar la discusión en relación a la unión de personas del mismo sexo con el objeto de constituir familia.

Así mismo, concluyeron que el legislador no prohíbe expresamente la constitución de la familia por medios diferentes al matrimonio y, a su vez, que esta institución no posee características que determinen un trato privilegiado con respecto a otras formas de fundación de la familia. No obstante, advierten que la discriminación tendría lugar si el legislador señalara expresamente que el único medio para conformar una familia es el matrimonio entre un hombre y una mujer o si otorgara privilegios injustificados en relación con otras formas de constitución de la familia.

Bajo ese contexto, señalan que la definición de matrimonio establecida en el artículo 113 discrimina a las personas del mismo sexo, porque no pueden constituir familia, por esa razón, consideran necesaria la modificación del artículo 42 de la Constitución Política.

Sostienen que la defensa de los derechos de esas parejas no se debe asumir a partir de una lectura del artículo 113 dirigida a demostrar la existencia de una omisión legislativa relativa, sino a través de acciones positivas del Estado encaminadas a reconocer el derecho a la diferencia de esas parejas, mediante la promoción de uniones que posean los mismos derechos y garantías existentes en el matrimonio, como la unión marital de hecho.

Consideran que, de conformidad con lo expuesto, el contrato matrimonial no es la institución que genera la desigualdad, sino la ausencia de una normativa que reconozca los derechos de las personas del mismo sexo a unirse con el objetivo de constituir familia.

Con fundamento en lo anterior, indicaron que el derecho a la igualdad no debe invocarse en la medida en que la unión con fines de procreación escapa a la voluntad del legislador, de la Corte Constitucional y de la misma pareja homosexual. Señalaron que los medios no serían adecuados en razón a que no facilitan la realización de un fin matrimonial como la procreación, a no ser que se admita que la procreación no es un fin esencial del matrimonio o que la procreación se pueda sustituir por la adopción, advierten que, si se afirma lo primero, será difícil refutar posiciones en contra por su fuerte carácter valorativo y, si se sostiene lo segundo, ya existe decisión de la Corte Constitucional en el sentido de que las parejas del mismo sexo no pueden adoptar.

En conclusión, sostuvieron que si el fin es el de proteger el derecho de las parejas del mismo sexo a conformar familia, los medios podrían ser a) la expedición de un acto legislativo que reforme el artículo 42 de la Constitución Política y un proyecto de ley ordinario que reforme el artículo 113 del Código Civil; b) una sentencia aditiva que modifique el enunciado jurídico del artículo 113 del Código Civil aceptando la adopción como medio para suplir la

imposibilidad de procrear o simplemente reconocer que existen formas científicas de procreación como la reproducción asistida; c) analizar la posibilidad de otro medio de fundación de la familia que resuma los derechos y deberes del matrimonio como de la unión marital de hecho. Este medio motivaría una sentencia de inexequibilidad diferida en la que la Corte requiera al Congreso para que profiera la respectiva ley regulatoria.

14. Universidad de los Andes

La Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes rindió concepto sobre las normas acusadas en defensa de la declaratoria de inexequibilidad, lo anterior con base en dos argumentos:

- La expresión “de procrear” no es una expresión con fuerza normativa independiente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, esto es, que no hay manera de sancionar o impedir un matrimonio entre personas que no quieran o no puedan procrear. En primer lugar, porque al no existir una causal de nulidad relacionada con la capacidad de reproducirse de las partes y ser taxativas las causales de nulidad del matrimonio, no puede impedirse a través de la oposición, ni anularse en juicio, un matrimonio entre personas que no quieren o no puedan procrear. En segundo lugar, porque no existe una causal de divorcio que pueda ser invocada para sancionar al cónyuge renuente a reproducirse.

- Dentro del ordenamiento colombiano la unión marital de hecho y el matrimonio son instituciones profundamente distintas, tanto en su origen como en su orientación, pero no en relación con la procreación, por lo tanto al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio se le está dando un tratamiento distinto que no ha podido ser justificado. Dada la exclusión histórica de las personas con orientación sexual o identificación de género diversa y la persecución a la que se han visto sometidas, incluso recientemente, se hace procedente el escrutinio estricto de cualquier distinción legal que las afecte.

Así mismo, la Universidad de los Andes presentó a consideración de esta Corporación el *amicus curiae* elaborado por 22 profesores de derecho, documento del cual se extractan las siguientes reflexiones:

- Existe una tendencia histórica en el derecho nacional e internacional de los derechos humanos a considerar todas las diferencias en el trato, basadas en la orientación sexual, como “sospechosas”, al igual que aquellas basadas en la raza, religión o el sexo, en el sentido de que las presume discriminatorias, a menos que el Estado pueda establecer una justificación lo suficientemente sólida y objetiva para ello.

- La tendencia histórica en sociedades democráticas ha evolucionado desde los tiempos en que se imponía la pena de muerte o de prisión a quienes realizaban actividades sexuales con personas del mismo sexo, a la legislación

antidiscriminatoria que garantiza el acceso igualitario al empleo y otras oportunidades a personas lesbianas, gays, y bisexuales y, últimamente a la que propugna por el trato igualitario a las parejas del mismo sexo.

- Que, como conclusión justa y basada en principios de esta tendencia histórica hacia la igualdad plena ante la ley, siete tribunales supremos (de Canadá, Sudáfrica y Estados Unidos) han determinado, ante petición de parte, que la exclusión de parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio civil constituye un caso de discriminación constitucional; la misma conclusión ha sido alcanzada por las legislaturas de Holanda, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega y Suecia.

15. Universidad Externado de Colombia

La Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia puso a consideración de esta Corporación el fallo proferido por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario No 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el caso Canevaro, Martin y otro, de fecha 19 de marzo de 2010, mediante el cual se declararon inconstitucionales algunas normas del Código Civil argentino que limitaban la institución del matrimonio a parejas heterosexuales

De igual forma, expresó su respaldo a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de las normas demandadas, con base en los siguientes criterios:

- La unión marital entre personas del mismo sexo conforma una familia, a la luz de la Constitución.

El artículo 42 de la Constitución establece que tanto las uniones heterosexuales como las homosexuales constituyen familia. En efecto, de conformidad con dicha disposición podrá conformarse familia por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

A su juicio son varias las formas de constitución de familia: vínculos jurídicos, vínculos naturales y voluntad responsable de conformarla, ninguna de las cuales exige para su configuración que se trate de una pareja heterosexual. Así mismo, el enunciado constitucional “*por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio*”, que es otra forma de conformar una familia, no debe entenderse como negación de tal posibilidad para las parejas integradas por personas del mismo sexo. Es decir, dicha disposición no restringe el matrimonio a las uniones heterosexuales: tal es la única opción hermenéutica conforme con los principios constitucionales de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, diversidad, pluralismo e igualdad, establecidos en la constitución.

- La Constitución Política no restringió el matrimonio a las uniones heterosexuales.

En concordancia con lo anterior, una vez establecido que las uniones homosexuales constituyen una opción de familia válida y respetable a la luz del ordenamiento constitucional vigente, necesariamente deberá extenderse a éstas la posibilidad de conformarla mediante la institución del matrimonio.

Por último, se resaltó que, a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la institución del matrimonio no está circunscrita a las uniones heterosexuales. En efecto, mediante el artículo 23.2 de dicho instrumento “*se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*”.

De tal disposición se infiere que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, sin que sea menester que la pareja esté conformada por un hombre y una mujer, basta con el simple consentimiento de dos personas de contraer matrimonio, sean heterosexuales u homosexuales.

16. Universidad Nacional de Colombia

El Departamento de Sociología de la Universidad Nacional de Colombia manifestó estar a favor de la declaración de inexecutable de las normas demandadas, lo anterior al considerar que:

- El derecho y el orden jurídico constituyen una dimensión institucional, simbólica y normativa fundamental de las sociedades y mantienen una relación dinámica con la organización social.

- Las ciencias sociales, desde su surgimiento, se han encargado de “desnaturalizar” el mundo social, revelando los procesos históricos y sociales que están en la base de instituciones, valores y creencias considerados como evidentes e incuestionables. Estos habrían sido dotados de un carácter “natural”, entendiendo por este calificativo su inmutabilidad y su existencia independientemente de la historia, la sociedad y la cultura.

- La pareja y la familia son instituciones históricamente configuradas, variables cultural y socialmente, que cumplen funciones de cuidado y responden a distintos ideales de vida.

- La sociedad colombiana es dinámica, se transforma y diversifica en un contexto post-tradicional, de separación de la Iglesia y el Estado.

17. Universidad del Norte

La Facultad de Derecho de la Universidad del Norte, en su escrito de intervención, suscrito por la profesora Julia Sandra Bernal Crespo, manifestó su

adhesión a las pretensiones de las demandas, lo anterior con fundamento en las siguientes consideraciones:

El matrimonio como cualquier otro contrato, es un acuerdo de voluntades de dos personas con un fin determinado. Cuando dos personas desean vivir juntos como pareja y, además, quieren someterse a los efectos jurídicos derivados de la celebración del mismo, la condición de homosexual no puede ser un impedimento para que la pareja no tenga la libertad para obligarse.

El que el artículo 113 del Código Civil contemple que el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, no excluye que no pueda ser entre dos personas del mismo sexo, pues si ello fuera así, se violaría el principio de igualdad, y la autonomía que tienen las personas capaces para contraer derechos y obligaciones libremente. Los fines del matrimonio civil de vivir juntos y auxiliarse mutuamente, bien sea en parejas heterosexuales u homosexuales son los mismos, por lo que no afectan los derechos de los terceros ni el orden público.

En cuanto al fin de procrear, el artículo 42 superior es claro en su inciso noveno cuando dice: “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, lo que incluye la opción de no tener hijos y no la obligación de tenerlos”.

En la actualidad la institución jurídica del matrimonio tiene la carga de tener incorporado el “moralismo jurídico”, basado en la concepción de que la homosexualidad es una anormalidad, una enfermedad o una aberración. Sin embargo, la homosexualidad no ha sido catalogada como una enfermedad por la OMS, es simplemente una posibilidad de los individuos de nuestra especie.

Concluye afirmando que los homosexuales son personas titulares de derechos y obligaciones; dignos en su condición de seres humanos, iguales en derechos, que incluyen la posibilidad de formar pareja y de elegir libremente si quieren celebrar un contrato de matrimonio y someterse a sus efectos jurídicos.

18. Universidad del Atlántico

La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, fuera del término establecido para intervenir en el proceso de referencia, indicó que comparte la solicitud de declaración de inexecutable de las normas demandadas, por considerar que la familia colombiana debe ajustarse a los cánones de la modernidad y no a parámetros culturales del medioevo.

19. Grupo Femm

El *Grupo Femm*, a través de su representante y ciento un (101) mujeres miembros, expresó el apoyo a la solicitud de declaración de

inconstitucionalidad de las normas demandadas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- Las personas que conforman parejas del mismo sexo son titulares de derechos al igual que las personas que conforman parejas heterosexuales.
- Se materializaría la naturaleza y lógica del Estado Social de Derecho, cuyo espíritu es proteger los derechos de todas y todos.
- El Estado colombiano debe prontamente otorgar y reconocer los derechos a las personas lesbianas, bisexuales, gays, trans y con identidades de género, no normativos.
- Se ampliaría el marco normativo de los derechos de las personas lesbianas, bisexuales, gays, trans y con identidades de género. El reconocimiento del derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo sería una conclusión coherente con el proceso de inclusión y respeto iniciado por la Corte Constitucional, que concretaría el respeto por las libertades individuales y colectivas.
- Habría concordancia en los avances sociales y jurídicos de organismos internacionales.

20. G. & M. de Colombia Abogados

Dos (2) representantes de G. & M. de Colombia Abogados intervinieron en el juicio de constitucionalidad, solicitando a la Corte la inexecutable de las normas demandadas, por las siguientes razones:

El matrimonio es un contrato civil solemne que no puede ser influido por ideas religiosas, puesto que es deber del Estado garantizar la materialización de los derechos de los ciudadanos y no truncarlos en razón de su orientación sexual.

No se puede negar la oportunidad de conformar familia a las parejas del mismo sexo, así como tampoco se puede limitar a un único tipo, como se concibe actualmente, ni condicionar el matrimonio a que se efectúe entre hombre y mujer, porque con ello se coarta la libertad de las personas que no lo deseen de esta manera.

En relación con que el objeto del matrimonio sea "*procrear*", señalan que entonces las parejas de lesbianas sí podrían celebrar la unión matrimonial, ya que su anatomía se presta para ello y, en el entendido que la norma permite, no se exige que el acto de la procreación sea realizado entre los contratantes.

Finalmente, refieren que las normas acusadas privan de muchos derechos a las personas homosexuales, pues no pueden ostentar el estado civil de casados, y

tampoco se les puede garantizar la protección de sus familias por parte del Estado.

21. Women's Link Worldwide

Las apoderadas judiciales de la organización Women's Link Worldwide, solicitan en su escrito dirigido a esta Corporación, la declaración de inconstitucionalidad de las normas acusadas, con fundamento en lo siguiente:

Los tratados internacionales reconocen el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo y protegen la no discriminación por razón del sexo, incluyendo dentro de este la orientación sexual.

Advierten que la homosexualidad no es una enfermedad y que la orientación sexual y la identidad de género son partes constitutivas de la personalidad y en Colombia se promueve constitucionalmente su libre desarrollo.

Allegan un listado de los países en los cuales se ha reconocido el derecho al matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

22. Corporación Prodiversia

El presidente de la Corporación Prodiversia, interviene solicitando que se declaren inexecutable las normas acusadas, con el argumento de que la sociedad colombiana ha presentado una serie de cambios y que, por lo mismo, requiere que su ordenamiento jurídico sea reajustado y mejorado con el fin de tratar las necesidades actuales de la ciudadanía y hacerlo más inclusivo y pluralista hacia las minorías sociales. Refiere que todos somos iguales y que, por tanto, somos acreedores de los mismos beneficios que otorga la ley.

23. Colombia Diversa

La Comunicadora Social de la organización Colombia Diversa, se pronunció sobre las demandas de inconstitucionalidad de la referencia, mediante escrito de intervención al que anexó un documento denominado: "*Declaración pública por el respeto a la dignidad humana*", firmado por tres mil ochocientos sesenta y seis (3.866) ciudadanos que manifestaron su apoyo a la estrategia de movilización comunitaria por el derecho al matrimonio civil de las parejas del mismo sexo que promueve esa organización.

En el citado documento, los firmantes expresan su adhesión a las demandas de la referencia y, adicionalmente, efectúan las siguientes declaraciones:

- Las expresiones "*un hombre y una mujer*" y "*de procrear*" contenidas en un Código Civil expedido en el Siglo XIX, de una época y una sociedad remotas, no pueden seguir vigentes, porque niegan la realidad actual y provocan una

profunda discriminación. Dichas expresiones contradicen el espíritu pluralista y democrático de la Constitución Política de 1991.

- La definición de procreación como función esencial de la pareja no solo niega cualquier posibilidad de protección a las parejas del mismo sexo, sino también a aquellas parejas heterosexuales que, por razones personales, biológicas, o de diferente orden, no pueden o no desean tener hijos.

- El matrimonio civil de las parejas homosexuales es un derecho amparado por la Constitución Política. Los derechos humanos tienen un carácter progresivo e integral, lo cual supone que no pueden ser interpretados y aplicados en el sentido de limitar su goce y ejercicio pleno.

- Las leyes no protegen a seres ideales, sino a quienes hacen parte de una realidad concreta. La diferencia no es un error, sino una condición humana que amerita protección por parte del Estado.

- La discusión acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo no es de carácter religioso o moral, sino simplemente legal, pues lo que se pretende es extender los efectos de un contrato de naturaleza civil también a ese grupo de la sociedad, en condiciones de igualdad.

- La orientación sexual no puede ser un argumento para negar la posibilidad de adoptar niños o niñas. Muchas personas LGBT tienen hijos biológicos y otros han adoptado menores de edad, razón por la cual negarles ese derecho no impediría la constitución de esas familias.

24. La Asociación Internacional de Lesbianas, Gay, Bisexual, Trans e Intersexuales - ILGA LAC -

El Secretario Suplente de América Latina de ILGA LAC, argumenta que las sociedades democráticas son estructuras dinámicas, no se rigen por leyes naturales como las ciencias, la física, la química, sin embargo, a nombre de la ley natural se ha discriminado a las mujeres y a las minorías raciales.

La aprobación del derecho al matrimonio para parejas del mismo sexo no pone en peligro la reproducción de la especie, el hecho de reclamar leyes que protejan a sus familias es un derecho democrático.

El binomio matrimonio reproducción es falso, porque la descendencia se puede producir por fuera del matrimonio como en la adopción o en la inseminación artificial, además estas uniones entre parejas del mismo sexo no van a incidir en la dinámica de la explosión demográfica de nuestra sociedad, en la medida en que sólo representan entre un 5 y 10 % de ella. Concluyen señalando que la natalidad tiene orígenes relacionados con el desarrollo del sistema económico, productivo y con decisiones personales.

Frente a los argumentos antropológicos, morales, históricos y lingüísticos, que sostienen que el matrimonio históricamente ha estado formado por un hombre y una mujer, afirman que no están dispuestos a volver a abrir el debate sobre la homosexualidad, si es normal o no, dado que es solo un debate lleno de prejuicios y consideraciones morales que la ciencia moderna ha desmontado. Se trata de un debate artificial, irracional y, una vez es superado, la homosexualidad como la heterosexualidad forman parte de la naturaleza y la sexualidad humana.

Respecto de los argumentos jurídicos y legales en contra de estas uniones, manifiestan que la sociedad ha superado el concepto único de familia matrimonial y lo ha ampliado para ofrecer la protección jurídica a uniones de hecho, a familias monoparentales, reconstruidas.

El matrimonio civil no es más que la puerta de acceso a la plena y total igualdad, en derechos como la pensión de viudez, cobertura a la seguridad social, a la nacionalidad si la persona es extranjera, la tributación fiscal, la obtención de una herencia, primer familiar en el sistema sanitario o pedir juntos un préstamo para vivienda.

Las personas homosexuales, están dotadas de la dignidad inalienable que corresponde a cada ser humano. No es aceptable de modo alguno que se menosprecie, maltrate o discrimine, pues tienen los mismos derechos que el resto de la sociedad.

25. Observatorio de Discriminación Racial -ODR-

La ciudadana Camila Soto Mourraille, en calidad de investigadora de la ODR, y actuando en nombre propio, refiere la experiencia norteamericana de las prohibiciones de los matrimonios interraciales y la asemeja a la actual prohibición que las normas demandadas generan respecto a los matrimonios de parejas del mismo sexo.

Plantea que la experiencia norteamericana constituye un punto de referencia a partir del cual se evidencia el matrimonio como una institución sesgada por determinadas concepciones morales.

A su juicio, la raza constituyó un factor para diferenciar el tratamiento jurídico entre parejas de la misma raza de aquellas mezcladas o interraciales. El fundamento que justificaba esta medida yacía en una concepción contingente e histórica del matrimonio, esto es, privilegiando cierto tipo de relaciones: negros con negros y blancos con blancos. La institución del matrimonio se sesgaba a lo que la sociedad en su momento consideraba moral y vedaba lo que los blancos y los negros veían como lascivo e inmoral: el matrimonio interracial. Al analizar este caso frente al conflicto debatido encuentra que el matrimonio como institución jurídica se halla históricamente sesgado por lo que una parte

de la sociedad, en su momento, considera moral y correcto, por oposición a lo inmoral y desviado, en este caso: el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Concluye que no se puede concebir el matrimonio a partir de una concepción sexualizada de la pareja, sino como la unión fundamentada en el amor, la confianza y el apoyo.

26. Asociación Colombiana de Juristas Católicos

Un (1) miembro de la asociación, interviene en defensa del artículo 113 del Código Civil, el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y el inciso 1° del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009.

Solicitó a la Corte que actúe como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la cual consagró, en su artículo 42, que la familia se funda por *“la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”* y, en consecuencia, se abstenga de sustituir la Constitución modificando dicho artículo a través de una sentencia de exequibilidad modulada, para incluir otros supuestos que el constituyente primario quiso excluir, para tener en cuenta la unión heterosexual orientada a la procreación y educación de los hijos, frente a otras sociedades de afectos sexuales o no sexuales, como las homosexuales, de amistad, de hermandad, poligámicas, poliamorosas y otras tantas como la imaginación pueda concebir.

Sustenta tal posición en razones históricas y, al efecto, considera ilustrativo el trabajo realizado por los profesores Girgis, Georges y Anderson, titulado ‘Qué es el matrimonio’, publicado en la edición 34 del Harvard Journal of Law & Public Policy, el pasado mes de diciembre de 2010, del cual adjunta una copia en inglés.

Estima que este trabajo tiene el valor de enfrentar cada una de las objeciones que plantean los grupos de activismo homosexual, frente a la protección del matrimonio, tal como está concebido en nuestra legislación.

Además, deja en evidencia que aquellos que redefinen el matrimonio civil para eliminar la complementariedad sexual natural como elemento esencial de este tipo de unión, no pueden dar ninguna justificación razonada acerca de por qué el matrimonio debe ser:

- Una asociación sexual por contraste con otro tipo de asociaciones también caracterizadas por exclusividad frente a otras no sexuales, como las de amigos o hermanos adultos que conviven.

- Una unión exclusivamente entre dos personas, frente a asociaciones sexuales de tres y más personas, como las antiguas relaciones poligámicas.

- Una relación regulada legalmente, si es una relación privada más entre las muchísimas formas de afecto y amistad que no están reguladas (la amistad, el noviazgo, la hermandad, el tiazgo, el primazgo, el compadrazgo, etc.)

Finalmente, señala las consecuencias que se derivarían de la sustitución de la Constitución en relación con la exigencia de la complementariedad sexual como elemento esencial del matrimonio, así:

- La presión sobre el sistema educativo público y privado para descalificar y sancionar la enseñanza de la existencia de una naturaleza humana creada por Dios y cognoscible a través de la razón, por considerarse discriminatoria. Con todo ello la enseñanza ética y moral cristiana pasaría, de forma gradual, a ser considerada culpable de violación de los derechos humanos.

- No habría ninguna razón para oponerse al adoctrinamiento homosexual a los niños. Esto es, que sean educados específicamente para adoptar conductas homosexuales.

-La libertad de pensamiento, conciencia, cultos, cátedra y expresión, serían seriamente vulnerados, pues toda la filosofía clásica y la ética de las principales religiones monoteístas del mundo serían culpables de promover discursos de odio y discriminación. Con esto la persecución contra cristianos en occidente por cuenta de la nueva inquisición sería gradual, pero sin duda implacable.

Adjuntó un estudio sobre la experiencia del matrimonio homosexual y la adopción en otros países.

27. Comunidad de Cali

Trescientos noventa y cuatro (394) integrantes de la mencionada asociación solicitaron que se declare la inconstitucionalidad de la norma demandada.

En primer lugar, consideraron que la expresión “procrear”, contenida en el artículo 113 del Código Civil Colombiano, impone como requisito para acceder al matrimonio la posibilidad de engendrar, lo cual además de ser discriminatorio con las personas del mismo sexo, también lo es con aquellas que se encuentran imposibilitadas para ello.

Advierten que el término señalado vulnera los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad.

Indican que la población LGTB solicita la protección del derecho a la igualdad en el campo del matrimonio civil, sin que ello implique una afectación del sacramento religioso. Sostiene que existe un vacío legal que marca una diferencia entre los derechos de las personas heterosexuales y las personas con orientación sexual y de género diferente, lo que contribuye a que a estos últimos

no se les permita reclamar debidamente la protección de sus derechos fundamentales.

De esta manera, concluyeron que con la excusa de conservar el modelo tradicional de familia se les prohíbe a los demás la opción de conformarla, no obstante tener la voluntad responsable para constituirla.

28. Profamilia

La Representante de la Asociación Pro Bienestar de la Familia Colombiana, coadyuvó las pretensiones de la demanda bajo las siguientes consideraciones:

El concepto de familia es completamente diferente al del matrimonio y la existencia de la familia no está supeditada a la realización de un matrimonio, porque el matrimonio es una manera de legitimar el compromiso, no sólo en relación con la pareja, sino también en relación con las familias extensas y la sociedad en general.

De conformidad con las cifras indicadas por ENDS – Encuesta Nacional de Demografía y Salud -, desde 1990 se ha transformado la constitución de los hogares sin vínculo matrimonial o con él, volviéndose dinámica, sin que por ello deje de ser válido el matrimonio y de constituir una forma de agrupación familiar.

El matrimonio, además de ser un contrato civil, es un fenómeno social variable que cambia conforme a transformaciones culturales en el tiempo, las cuales terminan reflejadas en las normas y en la evolución que deviene del reconocimiento de los cambios, pues el modelo de familia tradicional heterosexual contemplado en la Carta Política no agota la amplitud de las formas de constitución de las familias y desconoce otras formas válidas existentes.

Mantener la procreación como requisito esencial de la figura contractual del matrimonio carece de sentido, pues no responde a la realidad y, además, desconoce los avances normativos realizados en materia de derechos sexuales.

La sexualidad es una parte integral de la personalidad de cada ser humano, por lo tanto, debe crearse un ambiente favorable en el cual cada persona pueda disfrutar de sus derechos sexuales como parte del proceso de desarrollo. De conformidad con el derecho a la autonomía personal, toda persona tiene la oportunidad de ejercer control y decidir libremente sobre asuntos relacionados con la sexualidad y con la elección de la pareja.

Reitera que todas las personas tienen derecho, de conformidad con las leyes y políticas que reconozcan la diversidad de las formas familiares, a entrar libremente y con el pleno consentimiento al matrimonio u otro tipo de arreglo con la pareja.

Con fundamento en todo lo expuesto, consideró que la expresión “procrear”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, resulta obsoleta, llegándose a cuestionar la legitimidad de este elemento como finalidad del contrato civil de matrimonio. Por ello las normas demandadas deben ser declaradas inexecutable, ya que el legislador, al limitar el contrato de matrimonio a la unión de un hombre y una mujer, ocasiona una discriminación por el sexo de las partes contratantes, impidiendo que las personas con un orientación sexual diferente de la heterosexual ejerzan sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a la intimidad.

29. Grupo de Madres, padres y familiares de personas lesbianas, bisexuales y transgeneristas LGTB

La Coordinadora de la Organización de madres, padres y familiares de personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas de Bogotá, coadyuvó las pretensiones de la demanda y manifestó que las personas que se encuentran en condiciones de madres o padres de quienes tienen una orientación sexual diferente consideran que la aprobación del matrimonio homosexual ayuda a mitigar la discriminación hacia sus hijos.

30. Grupo de Jóvenes LGTB de Bogotá

El Coordinador de Grupo de Jóvenes LGTB de Bogotá, intervino en el proceso para solicitar que se declare la inexecutable de las normas acusadas, bajo el argumento de que la aceptación del matrimonio homosexual genera la posibilidad de que se les reconozca la posibilidad de constituir familias.

31. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Dejusticia

La investigadora del Centro de Estudio de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia, allegó al proceso el *amicus curiae* elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales CELS de Argentina, por medio de la cual coadyuva a los argumentos de la demanda.

El mencionado documento indicó que la expresión “de un hombre y una mujer” es inexecutable por contrariar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Colombiana y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Especifica que el derecho internacional protege los derechos a la igualdad, prohíbe la discriminación y señala la obligación imperativa de proteger los derechos fundamentales. Trae a colación diversos tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia, en los cuales se evidencia la imperiosa necesidad de proteger los mencionados derechos.

Así las cosas, sostiene que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagran la protección del derecho a la igualdad y, expresamente, sostiene que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce la identidad de género como un motivo del principio a la no discriminación.

A su vez, señaló que la Corte Interamericana sostuvo que el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad constituyen normas fundamentales del derecho público internacional y destacó que, en razón de ello, estos principios acarrear obligaciones *erga omnes* para los Estados, de tal manera que todos los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar la discriminación y para que todas las personas bajo su jurisdicción puedan decidir libremente sobre su orientación sexual.

La discusión sobre el reconocimiento del matrimonio de las personas gays, lesbianas y transexuales, pone en evidencia la enorme desigualdad en la que se encuentra la población homosexual en el país.

La actual regulación del matrimonio en Colombia es incompatible con la normativa internacional sobre derechos fundamentales.

32. Asociación Lesbiapolis

La representante legal de dicha Asociación, manifestó que coadyuva las pretensiones de la demanda y por ello solicitó que el matrimonio civil sea extendido a las personas del mismo sexo.

Considera que no hay lugar para seguir negando la conformación de familias homoparentales, por cuanto el reconocimiento del matrimonio civil no atenta contra las instituciones religiosas y protege el derecho de libertad de culto, sin que se generen discriminaciones o distinciones entre los ciudadanos colombianos, pues al reconocerse el matrimonio entre parejas homosexuales se protegen los derechos de todos los ciudadanos, los cuales pueden verse amenazados por el Estado a través de la imposición de un modelo de unión marital.

33. Comité Prodefensa de las Pensiones

Dos (2) integrantes del Comité de Prodefensa de Pensiones manifestaron su oposición al reconocimiento del matrimonio homosexual bajo el argumento del impacto que eso generaría en el Sistema Nacional de Pensiones.

Respecto a los derechos pensionales, indicaron que la incorporación de un nuevo afiliado al Sistema de Pensiones y el reconocimiento de cada nuevo pensionado incrementa el gasto público.

Señalan que cuando fallece un pensionado o un afiliado al Sistema que cumple con los requisitos que fija la ley para el reconocimiento de la pensión, el cónyuge sobreviviente sigue disfrutando de la pensión que beneficia a los padres e hijos del pensionado de tal manera que, como consecuencia del reconocimiento del matrimonio homosexual, por el simple hecho de casarse, se incorpora de manera inmediata al sistema a los contrayentes homosexuales, como potenciales nuevos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, la aprobación del matrimonio homosexual genera como efecto inmediato la incorporación a la pensión de sobrevivientes del miembro de la pareja del mismo sexo que señale el afiliado. Consideran que la incorporación de los potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes necesariamente incrementará el gasto público del Sistema de Pensiones, de tal manera que el pago de la pensión de sobrevivientes originado en el fallecimiento del afiliado homosexual tiene que cuantificarse.

Advierten que en el supuesto de que la Corte acepte la petición de los demandantes en el proceso de la referencia, los homosexuales viudos exigirán, por vía de tutela, el reconocimiento de sus pensiones de sobrevivientes y tendrán pleno derecho para exigirlo, sin esperar que el Estado o el sistema hayan allegado el dinero necesario para cancelar la pensión.

Señalan que es de público conocimiento el déficit pensional que se generaría en caso de que se apruebe el matrimonio entre homosexuales, pues el incremento de los beneficiarios disminuye los recursos financieros con los que actualmente se pagan las pensiones, afectándose derechos fundamentales que deben protegerse.

Con fundamento en lo anterior, consideraron pertinente que la Corte, antes de entrar a decidir el asunto del litigio, solicite al Ministerio de Hacienda una certificación en la cual se indique si existen los recursos para cancelar la pensión de sobrevivientes de los matrimonios entre homosexuales, indicando las fuentes de financiación.

34. Comisión Colombiana de Juristas

Cinco (5) miembros de la Comisión Colombiana de Juristas, se hicieron partícipes en la causa suscitada a propósito de las demandas de inconstitucionalidad de la referencia, para solicitarle a la Corte que declare inexecutable las disposiciones acusadas, por las siguientes razones:

Previamente, consideran que los términos en los que se encuentran planteadas las demandas satisfacen plenamente los requisitos de certeza, suficiencia y pertinencia de la acción de inconstitucionalidad, en la medida en que se expone detalladamente por qué las normas censuradas vulneran los principios

constitucionales de igualdad y de dignidad humana, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a conformar una familia.

El derecho al matrimonio debe ser reconocido en la sociedad colombiana, porque las parejas del mismo sexo merecen recibir la misma protección por parte del Estado, tal como sucede con las parejas heterosexuales, dado que su voluntad recae sobre la órbita de protección del derecho a la autonomía y a la libre opción sexual y ello solo interesa a quienes voluntariamente deciden confirmar esa unión, sin que se afecten derechos de terceros ni valores objetivos del ordenamiento jurídico.

Podría llegar a pensarse que el matrimonio entre parejas del mismo sexo afecta o involucra derechos de terceros, como es el caso de los menores de edad, pues abriría la puerta para que se permita la adopción, sin embargo, ese instituto jurídico se encuentra regulado en una norma diferente a la demandada y, por consiguiente, no es posible que se emita un pronunciamiento sobre el particular en esta oportunidad.

Así, bajo la consideración de que los apartes normativos demandados resultan contrarios al ordenamiento superior, los intervinientes le plantean a la Corte Constitucional algunas alternativas para efectos integrar el ordenamiento jurídico de una manera acorde a los preceptos constitucionales, sin que ello implique invadir la órbita de competencias del legislador.

En primer lugar, estiman que las expresiones demandadas desconocen distintos derechos fundamentales entre los que se destacan: la igualdad, la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad y la familia, razón por la cual, respecto de la expresión “de procrear”, consideran que la Corte debe proferir una sentencia de inexecutable simple que retire del ordenamiento jurídico dicha expresión.

En cuanto hace a la expresión “un hombre y una mujer”, por tratarse de una omisión legislativa relativa, advierten que no basta con que se dicte una sentencia de inexecutable simple, ya que conforme al enunciado de la disposición, se presentaría un vacío legal que dejaría pendiente el reconocimiento del derecho de las personas a contraer matrimonio con quien ellos elijan, haciendo ineficaz la acción de inconstitucionalidad como mecanismo de exigibilidad de derechos constitucionales. En consecuencia, frente a este último aparte sugieren tres alternativas:

La primera solución, a su juicio la más adecuada, consiste en adoptar una sentencia integradora o aditiva, en la que se extiendan los efectos de la norma a los supuestos no previstos en ella, es decir, también a las uniones conformadas por personas del mismo sexo.

Si la Corte estima que carece de competencia para extender a las parejas del mismo sexo la potestad de contraer matrimonio civil, por cuanto, en principio,

es el órgano legislativo quien tiene a su cargo el reconocimiento legal de esas uniones, la segunda alternativa sería proferir una sentencia en la que se exhorte al Congreso de la República para que regule la materia, pero siempre y cuando se valore la efectividad que una decisión así tendría, pues no hay que desconocer que los exhortos realizados al Congreso en la mayoría de casos han sido ineficaces y que existe poca voluntad política de ese órgano para regular aspectos relacionados con los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo.

Finalmente, proponen que si la Corte decide reconocer el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, pero dispone que sea el Congreso el que regule la materia, también se puede optar por una sentencia de constitucionalidad temporal, la cual puede incluir un exhorto al Congreso de la República por un plazo determinado y razonable para que se regule lo referido al contrato de matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Si el congreso no cumple el plazo establecido, la constitucionalidad temporal de la disposición se habría vencido y, en consecuencia, sería inconstitucional automáticamente, esto es, sin mediar una nueva decisión por parte de la Corte Constitucional. Sobre el particular, cita como ejemplo lo decidido en la Sentencia C-221 de 1997.

35. Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas

Las Coordinadoras del Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas intervinieron en el proceso de la referencia con el propósito de impugnar la constitucionalidad de las normas demandadas.

Con apoyo en argumentos basados en la experiencia que han adquirido durante varios años desempeñándose en el rol de mamás lesbianas, apuntan a que la Corte Constitucional declare inexecutable las disposiciones acusadas, pues, a su juicio, existe una realidad social que no puede ser desconocida y es, precisamente, que en Colombia, el 11.5% de la población homosexual ha constituido familias con hijos, bien sea de manera biológica con antiguas parejas heterosexuales, ora de manera asistida, o asumiendo la crianza de los hijos e hijas de sus parejas del mismo sexo.

Siendo así, consideran que es injusto que actualmente el ordenamiento jurídico no proteja, en igualdad de condiciones, a la mujer que, aún cuando no se embarazó, sí participó en la decisión de traer un hijo al mundo, acompañó en el proceso de gestación a su pareja y cuida y ama a la criatura, como si fuera su propio hijo.

Para las intervinientes, el matrimonio civil es una manera de manifestar un compromiso de vida, es posicionar en la sociedad la relación que seriamente han construido en pareja y proteger el bienestar de sus hijos e hijas.

36. Corporación Sisma Mujer

La Directora de la Corporación Sisma Mujer y tres (3) ciudadanas más se pronunciaron sobre las demandas de inconstitucionalidad de la referencia, mediante escrito de intervención en el que solicitaron a la Corte Constitucional declarar inexecutable los apartes normativos acusados, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Previamente, inician destacando que la expresión “de procrear” contenida en el artículo 113 del Código Civil como uno de los fines del matrimonio, resulta incompatible con la Constitución Política, toda vez que vulnera la libertad sexual de la mujer o, en otras palabras, su derecho a la libre autodeterminación reproductiva. En su sentir, la imposición legal de un fin reproductivo en el matrimonio constituye un obstáculo para las mujeres de poder controlar su fecundidad y representa el mantenimiento de una estructura patriarcal para ejercer dominio sobre ese género.

Del mismo modo, sostienen que dicha injerencia del Estado en la libertad sexual y reproductiva de la mujer vulnera, además, su derecho a la igualdad, al generar un trato diferenciador o discriminatorio frente al hombre, pues el reconocimiento efectivo de sus derechos queda supeditado a su condición de madre, como si en el ejercicio de la maternidad se subsumiera toda su existencia.

Concluyen su intervención señalando que los estereotipos de discriminación de género deben ser revertidos por el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales y, por lo tanto, disposiciones como las acusadas deben ser eliminadas del ordenamiento jurídico.

37. Corporación Caribe Afirmativo

El Director de la Corporación Caribe Afirmativo, organización encargada de la promoción de los derechos humanos de la población LGBT en el Caribe colombiano, con la firma de doscientos tres (203) ciudadanos, intervino en la presente causa, con el fin de adherir a las demandas de inconstitucionalidad de la referencia.

A partir de un breve recuento jurisprudencial en materia de derechos reconocidos a las parejas homosexuales en el ámbito patrimonial y de la seguridad social, señala que el matrimonio debe ser entendido como un proceso de libre asociación de las personas con fines de interés común como el amor, la protección, el bienestar, y no simplemente concebido como un contrato cuya finalidad es la procreación. Un pensamiento así necesariamente conduce a que se desconozcan los derechos fundamentales de la mujer a ejercer libremente su sexualidad y a decidir de manera autónoma acerca de la reproducción.

De manera particular, menciona que la experiencia vivida en la región Caribe colombiana obliga a una reflexión seria en esta materia, porque informes de organizaciones de derechos humanos revelan que en dicha región se presentan,

de manera sistemática, acciones violatorias y desconocedoras de los derechos humanos de quienes públicamente asumen una orientación sexual distinta.

Adicionalmente, menciona que, desde el punto de vista sociológico, el concepto de familia ha ido transformándose de manera integral, así como los derechos que de su conformación surgen, razón por la cual, amparar solo al prototipo de familia conformada por la unión de un hombre y una mujer supone un trato discriminatorio que no se ajusta al modelo de Estado Social de Derecho que proclama la Constitución Política.

El contrato civil de matrimonio no puede considerarse como una figura inamovible dentro del ordenamiento jurídico, pues habrá de tenerse en cuenta que existe una tendencia internacional que reconoce la libertad y la voluntad de las partes, aún cuando sean del mismo sexo.

Finalmente, sostiene que las uniones homosexuales necesitan un trato igualitario frente al hecho de contraer matrimonio, para lo cual, el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que impiden el acceso y goce efectivo de los derechos de los compañeros permanentes del mismo sexo.

38. Magazine Némesis Times

El Director del Magazine Némesis Times intervino en la presente causa, a fin de solicitarle a esta Corporación que declare inexecutable las normas demandadas, bajo la consideración de que el derecho a contraer matrimonio no puede ser una potestad excluyente, sino que, por el contrario, debe comprender a todo aquel que quiera unirse a otra persona por un vínculo de amor y solidaridad para conformar una familia, sin distinción de ninguna índole. Colombia debe avanzar hacia una sociedad moderna y equilibrada donde el derecho a la igualdad sea real y efectivo.

39. Instituto de Investigación del Comportamiento Humano

El Director del Instituto de Investigación del Comportamiento Humano puso en conocimiento de esta Corporación el concepto técnico proferido por dicha institución el 29 de enero de 2009, en el cual se aportan las evidencias científicas relacionadas con la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo.

40. Ciudadanos que adhirieron a los cargos formulados en la presente demanda de inconstitucionalidad

En el término de fijación en lista, trescientos catorce (314) ciudadanos intervinieron en la presente causa con el fin de expresar su apoyo a las pretensiones de las demandas de inconstitucionalidad de la referencia.

Dichos ciudadanos consideran que en el caso *sub examine*, es preciso realizar un estricto test de proporcionalidad, a fin de establecer si las normas demandadas dan un trato diferencial a las parejas del mismo sexo respecto de las parejas de distinto sexo.

En su sentir, el impedimento que consagran las normas acusadas para celebrar el contrato civil del matrimonio, entre parejas del mismo sexo, les coarta su derecho al libre desarrollo de la personalidad y los discrimina a causa de su orientación sexual, situación que no se debe presentar, pues dentro de la teoría del negocio jurídico no encuentra asidero tal prohibición.

Así mismo, advierten que las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear”, contenidas en el artículo 113 del Código Civil, niegan la realidad de muchas familias colombianas conformadas de manera diferente a la que se pretende determinar en dicho artículo. Consideran que las expresiones aludidas contradicen el espíritu pluralista y democrático de la Constitución Política de Colombia de 1991 y, concretamente, los artículos 1º, 13, 14, 15, 16 y 42 referentes a la dignidad humana, el Estado Social de Derecho, el derecho de igualdad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y su estado civil, el derecho a la intimidad y al buen nombre, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autonomía reproductiva.

Del mismo modo, señalaron que la definición de la procreación como función esencial de la pareja, no solo niega cualquier posibilidad de protección a las parejas del mismo sexo, sino también a aquellas parejas heterosexuales que por razones personales, médicas o de diferente orden, no pueden o no quieren tener hijos biológicos.

Consideran que en el caso de aplicarse literalmente la norma, como sucede con las parejas del mismo sexo, las parejas infértiles e incluso, aquellas que se niegan a tener hijos, tampoco podría aspirar al matrimonio civil.

Para los intervinientes, Colombia debe evolucionar hacia una sociedad más tolerante, respetuosa, igualitaria e incluyente, siguiendo el ejemplo de países como España, Holanda, Argentina y México, en donde se ha superado la brecha de los prejuicios y el matrimonio ya no es una potestad exclusiva de las parejas heterosexuales.

Afianzan su posición en la consideración de que, al igual que un hombre y una mujer, el deseo de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio está precedido de un profundo sentimiento de amor, fidelidad, solidaridad, apoyo mutuo y compañía.

Por último consideran que la ley no protege a seres ideales sino reales y el homosexualismo es una realidad mundial, que los tratados internacionales reconocen y respetan.

Cabe señalar que los ciudadanos Tatiana Forero Torres, Nadia Viviana Tacha Gutiérrez, Aída Lucía Ramírez Bolívar, Astrid Orjuela Ruiz, Susan Herrera Galvis, María Elena Villamil, Angersola Ospina Moreno y Mauricio García Villegas, aportaron al proceso de la referencia “amicus curiae” de: la Organización Comunidad Homosexual de Argentina, Concepto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina-Conicet, Concepto de la Abogada y Defensora de Derechos Humanos Venezolana/Tamara Adrian Hernández, Organización Mexicana Ombudsgay, COGAM/Informe Sobre la Realidad Social de las Familias Formadas por Lesbianas, Gays y sus Hijos/as, COGAM, Intervención de la Jueza del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires/Gabriela Seijas/Juez Quince del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Concepto del Profesor Roberto Gargarella, respectivamente.

41. Ciudadanos que se oponen a los cargos formulados en la presente demanda de inconstitucionalidad

En el término de fijación en lista, mil cuatrocientos setenta y seis (1476) ciudadanos intervinieron en la presente causa con el fin de expresar su oposición a las pretensiones de las demandas de inconstitucionalidad de la referencia.

Para tal efecto, coinciden en señalar que las demandas formuladas contravienen lo dispuesto en la Constitución Política en cuanto a la protección de la familia y desconocen las relaciones derivadas de la naturaleza del ser humano, pues pretender que se equiparen las parejas homosexuales a las heterosexuales equivaldría a desconocer una realidad natural y preexistente. Las normas acusadas son la traducción de la complementariedad entre el hombre y la mujer para los fines de convivencia, auxilio mutuo y reproducción de la especie humana.

Al mismo tiempo, señalan que la orientación homosexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, pero que no es equiparable al concepto constitucional de familia. La diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.

Para los intervinientes, las pretensiones propuestas se orientan a obtener por la vía de la declaración de inexecutable por inconstitucionalidad parcial una descomposición y redefinición del contrato de matrimonio, ello por cuanto lo que se pretende es modificar su esencia, la cual radica en que las partes contrayentes sean siempre un hombre y una mujer. En consecuencia, advierten que suprimir las expresiones demandadas “de un hombre y una mujer” del contenido del artículo 113 del Código Civil o de las leyes que desarrollan el

concepto de familia generaría una relación jurídica contractual distinta, pues no se producirían los efectos jurídicos señalados por el legislador.

Del mismo modo, sostienen que el excluir de los efectos naturales del matrimonio la finalidad de los contrayentes de “procrear” desconoce los efectos propios del contrato matrimonial y el derecho de los hijos a ser reconocidos en su filiación a través del acto conyugal.

Adicionalmente, señalan que a la Corte Constitucional, conforme con el artículo 241 Superior, le fue confiada la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de ese artículo, razón por la cual no puede usurpar una función legislativa del Constituyente Primario, desconociendo o tergiversando el espíritu y sentido del artículo 42 Superior.

Manifiestan que los contenidos jurídicos conceptuales escritos en la constitución de 1991 se deben tomar en sentido general y obvio del lenguaje en que se expresó por los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente.

Así las cosas, indicaron que la Corte Constitucional no es competente para adoptar una decisión de fondo sobre las pretensiones de los ciudadanos, no sólo porque la materia se sustrae del juicio de constitucionalidad de las normas legales por existir cosa juzgada, sino porque la demanda no busca el control constitucional de las normas demandadas, sino que se orienta más bien a promover una reforma radical en la política familiar del Estado Colombiano.

Enfatizan los ciudadanos en sus intervenciones que los tratados internacionales no obligan a ningún Estado a reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo y que las jurisprudencias de derecho comparado no corresponden a escenarios constitucionales similares al colombiano.

Finalmente, otro grupo de ciudadanos pertenecientes a la iglesia evangélica en Colombia, intervinieron en el presente proceso y señalaron que el matrimonio homosexual es una amenaza a los principios bíblicos establecidos por Dios para el sano desarrollo de la humanidad. Advierten que una sociedad como la nuestra, que cree en la soberanía de Dios sobre el hombre, no puede aprobar el matrimonio homosexual, pues se alteraría el orden social de un país que se confiesa cristiano.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación rindió en término el concepto de su competencia y en él solicitó a la Corte “Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con las expresiones ‘un hombre y una mujer’ y ‘de procrear’, contenidas en el artículo 113 del Código Civil”, así como respecto de las expresiones “de un hombre y una mujer”, respectivamente contenidas en el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el artículo 2º de la ley 1361 de 2009, “por ineptitud sustancial de la demanda”.

Subsidiariamente solicita “Declarar la EXEQUIBILIDAD de las expresiones ‘un hombre y una mujer’ y ‘de procrear’ del artículo 113 del Código Civil” y declarar la EXEQUIBILIDAD de las expresiones “de un hombre y una mujer” del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y del artículo 2º de la ley 1361 de 2009, “en el caso de que la Corte decida pronunciarse de fondo” sobre su constitucionalidad, “con base en las razones aquí señaladas”.

El Jefe del Ministerio Público estima que de la lectura de las demandas “se desprende un problema jurídico general y una serie de problemas jurídicos particulares que la Corte Constitucional debería resolver en caso de considerar que éstas ameriten un pronunciamiento de fondo”.

Tratándose del problema general, indica que las demandas parten de una misma premisa fundamental, cual es que los apartes demandados, con base en una equivocada interpretación que el legislador ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política, según la cual la familia amparada por nuestro ordenamiento jurídico es la heterosexual y monogámica, excluyen o discriminan a las parejas homosexuales o conformadas por personas del mismo sexo.

Precisa que en el concepto 4876 de 2010 el Procurador tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre dos demandas de constitucionalidad promovidas contra los mismos apartes del artículo 113 del Código Civil y 2º de la Ley 294 de 1996, en vigencia de las mismas normas constitucionales y, fundamentalmente, por el mismo problema jurídico y advierte que se debe hacer remisión a los argumentos allí expuestos y se debe reiterar la solicitud que en ese momento se hizo a la Corte Constitucional de declararse inhibida.

Recuerda que los actores de entonces incumplieron los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia y “omitieron referirse a una serie dispersa de normas legales que desarrollan la institución del matrimonio, en especial el requisito de que éste se celebre entre hombre y mujer”, habiéndose considerado que “deberían examinarse de manera conjunta y sistemática con las normas allí demandadas para que fuera posible un pronunciamiento de fondo”.

Informa que “en el mencionado concepto también se expresó que no existía ninguna oposición normativa, objetiva y verificable entre la Constitución y los apartes acusados del artículo 2º de la Ley 294 de 1996, sino que, por el contrario, allí tan sólo se reproducía y desarrollaba el inciso primero del artículo 42 constitucional, como sucede igualmente con el artículo 2º de la Ley 1361 de 2009 que aquí por primera vez se demanda”.

Puntualiza que en el concepto anterior “se explicó que sobre el matrimonio existe no sólo una reserva legal sino también una reserva constitucional” que se concreta en cuatro exigencias específicas, a saber: (i) la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, (ii) los sujetos de la relación son,

precisamente un hombre y una mujer, (iii) la unidad del vínculo jurídico entre un hombre y una mujer, con el cual se regula el matrimonio monogámico que tiene vocación de permanencia y (iv) los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes.

Reitera que la Constitución identifica algunas notas esenciales del matrimonio: (i) ser institución jurídica, (ii) ser relación familiar, (iii) ser relación jurídica, (iv) constituirse mediante un vínculo jurídico único y mutuo, (v) ser derecho fundamental, (vi) vincular o unir jurídicamente a un hombre y a una mujer, (vii) generar derechos y deberes entre los cónyuges y (viii) estar abierto a la procreación y a la educación de los hijos, así como a la realización de las personas de los cónyuges.

A continuación transcribe “las razones más importantes que en el mencionado concepto se expusieron para justificar la solicitud de inhibición” y, en primer lugar, se hace referencia al incumplimiento de los requisitos de certeza, suficiencia y pertinencia.

Según se consigna en la vista fiscal, la presunta violación del artículo 12 constitucional, por considerar que las regulaciones del matrimonio constituyen un trato cruel y denigrante, no se basa en una enunciación proveniente de la norma acusada, sino en una interpretación subjetiva de los demandantes, quienes no explican de qué parte de su texto se deduce ese trato inhumano para las personas homosexuales, como que la disposición acusada no obliga a las personas a contraer matrimonio, ya que este es solamente una opción.

En cuanto al argumento de conformidad con el cual el artículo 42 superior no excluye del matrimonio a las parejas del mismo sexo, sino que se limita a reflejar una realidad social de una mayoría heterosexual, el Procurador estima que se basa en una opinión de los demandantes sobre la posición del Constituyente de 1991 y, por lo tanto, la pretensión, conforme a la cual debería ser extendido a las parejas del mismo sexo no es ningún cargo de inconstitucionalidad, sino la aceptación de que las disposiciones demandadas no hacen sino reproducir el precepto constitucional.

Acto seguido destaca el incumplimiento de la carga argumentativa adicional que se exige cuando un precepto es acusado por vulneración del derecho a la igualdad, toda vez que se debe identificar un tratamiento diferenciado a dos personas o grupos de personas que se encuentren en idénticas circunstancias, fuera de lo cual las interpretaciones vertidas en las demandas corresponden a apreciaciones subjetivas acerca de los alcances de las disposiciones acusadas y del texto constitucional, por lo que no se logra demostrar una contradicción, dado que el propio artículo 42 de la Carta reserva el matrimonio a las parejas heterosexuales.

Afirma que “no existe en el bloque de constitucionalidad un derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, sino que, por el contrario, los instrumentos internacionales y los preceptos acusados se refieren a que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer, de modo que no se puede deducir del derecho internacional una obligación de los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kopf y Shalk vs. Austria.

A juicio del Procurador tampoco se explican las razones por las cuales las disposiciones acusadas implican una prohibición irrazonable, pues de los textos no se deriva una prohibición, ya que el artículo 113 del Código Civil solamente regula los requisitos para contraer matrimonio y el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 reconoce que la familia puede surgir de distintos tipos de vínculos.

Indica que el cargo relativo a la violación del derecho a tener una familia carece de pertinencia, porque el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 reproduce el texto del artículo 42 de la Constitución, sin que se plantee un enfrentamiento real entre la ley y la Carta, sino una supuesta confrontación entre los artículos 13 y 42 superiores y no se aportan elementos de juicio para resolverla.

Añade que tampoco se aportan elementos de juicio para concluir que la no extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo se basa en prejuicios sobre su calidad moral, habiéndose presentado, simplemente, una opinión sobre la supuesta conveniencia de la existencia de parejas homosexuales dispuestas a adoptar, que no resultan pertinentes frente a las normas acusadas.

Los anteriores criterios corresponden a la transcripción del concepto 4876 de 2010 y, con base en ellos, el Jefe del Ministerio Público señala que es posible extraer una serie de conclusiones relacionadas con (i) la interpretación que la Corte hace con respecto a la posibilidad del matrimonio homosexual en el ordenamiento constitucional vigente, (ii) la constitucionalidad de las expresiones demandadas y (iii) los requisitos exigibles a una demanda de inconstitucionalidad formulada contra las mismas.

En relación con lo primero y apoyándose en el comunicado de prensa No. 57 respecto de la sentencia C-886 de 2010, el Procurador concluye que el artículo 42 superior reserva el matrimonio a las parejas heterosexuales, y que no es cierto que el núcleo esencial del artículo 13 constitucional se encuentre restringido por el artículo 42 de la Carta que, por el contrario, prevé diversas vías para la conformación de una familia.

Respecto de los preceptos demandados, la vista fiscal destaca que el artículo 113 del Código Civil no obliga a las personas a contraer matrimonio, puesto que este es una opción, que el artículo 113 del Código Civil y el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 no hacen sino reproducir el precepto constitucional y que del texto de las disposiciones no se desprende una prohibición, ya que el artículo 113 del Código Civil se limita a regular los requisitos para poder contraer

matrimonio y el artículo 2° de la Ley 294 de 1996 reconoce que la familia puede surgir de distintos tipos de vínculos.

En lo atinente a los requisitos que, según la Corte, no cumplían las demandas entonces examinadas y que también deben ser exigidos a las demandas ahora analizadas, el Procurador concluye que a la Corte Constitucional no le corresponde adelantar el control oficioso de las leyes, sino pronunciarse sobre las demandas presentadas por los ciudadanos; que la real existencia de una demanda exige la formulación de un cargo capaz de activar un proceso constitucional, que la ausencia de un requisito esencial como el concepto de la violación, sustentado en razones claras, ciertas, específicas, suficientes y pertinentes no puede ser suplida oficiosamente por la Corte, que entre el señalamiento de los preceptos acusados y los estimados infringidos y las razones de la violación debe existir correspondencia lógica, así como claridad en la exposición de la secuencia argumentativa; que la acusación debe cumplir los mencionados requisitos, estar formulada en forma completa y ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad del precepto impugnado.

En la vista fiscal se estima que del citado comunicado se desprende una serie de requisitos específicos, relativos a las condiciones que debe cumplir una demanda, a saber: (i) basarse en una interpretación objetiva y no en una subjetiva de las disposiciones demandadas, como al efecto lo son el considerar que las regulaciones del matrimonio constituyen un trato denigrante y cruel para las personas homosexuales, que las cosifica o atribuirles una función prohibitiva que no se desprende del texto de las mismas; (ii) no basarse en una proposición jurídica inexistente, como lo es señalar que las disposiciones demandadas obligan a las personas homosexuales a contraer matrimonio con personas del sexo opuesto, (iii) sustentarse en cargos constitucionales y no en interpretaciones o expectativas personales, como lo es sostener que el artículo 42 superior no excluye el matrimonio de parejas homosexuales o que la Corte debería modificar el texto constitucional reproducido por los preceptos acusados; (iv) cumplir con una carga argumentativa adicional en caso de considerar que se vulnera el derecho a la igualdad y demostrar que se está dando un tratamiento diferenciado a dos personas o grupos de personas que se encuentren en idénticas circunstancias, es decir que se esté ante situaciones equiparables, (v) sustentarse en razones claras y suficientes “por lo que no puede afirmarse, sin ninguna demostración, por ejemplo, que la institución matrimonial está ligada indefectiblemente al desarrollo de la personalidad de las parejas del mismo sexo, (vi) demostrar una contradicción específica entre el texto constitucional y los textos acusados, de donde se desprende que es insuficiente señalar una contradicción entre estos y el artículo 42 superior, porque este mismo reserva el matrimonio a las parejas heterosexuales, (vii) no deducir del derecho internacional de los derechos humanos obligaciones inexistentes, “como lo es decir que existe el derecho de las parejas conformadas por personas del mismo sexo a contraer matrimonio; (viii) plantear una confrontación real si se confrontan dos artículos constitucionales e indicar qué criterio de interpretación puede resolverla, pues no procede afirmar una

contradicción entre el núcleo esencial del artículo 13 y lo dispuesto en el artículo 42 que protege distintos tipos de familia y, si se formula un conflicto, “el mismo debe partir de lo que prescribe el texto constitucional y no de una interpretación subjetiva del mismo” y, por último, “acusar el contenido de las normas demandadas” y no “perseguir la solución de un problema particular o buscar adecuar su aplicación a un criterio subjetivo de conveniencia, como lo es simplemente sostener que sería mejor que existieran tanto el matrimonio heterosexual como el matrimonio homosexual”.

Pasa luego la vista fiscal a referirse a la ineptitud sustancial de la demanda 8367 y al respecto manifiesta que le son aplicables las razones esgrimidas en el concepto 4876 y los argumentos aducidos por la Corte en el comunicado No. 57 de 2010, por lo cual la Corporación debe declararse inhibida.

Destaca que el demandante eleva sus reproches solo contra el artículo 113 del Código Civil “y no contra todo el conjunto de normas dispersas en la legislación que definen o recogen la definición de familia contenida en el artículo 113 del Código Civil” y que lo hace “con base en una interpretación subjetiva del artículo 42 constitucional, la cual es contraria al tenor literal de la norma, así como a su interpretación constitucional e, incluso, a lo debatido expresamente en la Asamblea Nacional Constituyente”.

Sostiene que la demanda parte de señalar “cómo debió el Constituyente Primario redactar una norma constitucional para que ésta autorice al legislador a configurar la ley de la forma en que lo hizo y, así también sobre cómo debe el Legislador interpretar la Constitución (incluso en contravía de la interpretación de la Corte Constitucional), no despierta ni puede despertar siquiera una duda mínima sobre la constitucionalidad (que debe presumirse) de la norma demandada y, por tanto, no amerita un pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional”.

A juicio del Procurador, mucho menos puede activarse la jurisdicción constitucional cuando, a partir de un subjetivo análisis gramatical del artículo 42 de la Constitución, la demanda pretende que “el Constituyente quería ampliar el espectro de las parejas que quieren que la legislación civil les reconozca el matrimonio y no circunscribe tal institución a los heterosexuales”, con el expreso fin de “adecuar el derecho a los tiempos” o de “generar cambios sociales que, únicamente desde la interpretación del actor, resulta claro que podrían generarse con ‘el reconocimiento del matrimonio civil a las parejas homosexuales’, o con el fin de evitar lo que consideraría que sería una repetición o reproducción de injusticias y discriminaciones como las que en otros tiempos se hicieron contra las mujeres o las negritudes”.

A continuación el Procurador da respuesta a algunos de los supuestos reproches constitucionales, por si la Corte decide pronunciarse sobre el fondo del asunto en cuestión, e inicia llamando la atención acerca del texto del artículo 42 superior, del que, en su criterio, se desprende que el Constituyente Primario

quiso, mediante una reserva constitucional, “reservarse la potestad para definir la manera como se constituye esa institución básica, fundamental y trascendental” y lo hizo de un modo que lleva a concluir, desde una interpretación gramatical, semántica, sistemática, teleológica o histórica, que quiso reservar el matrimonio a las parejas heterosexuales, “tal y como lo reiteró la sala Plena de la Corte Constitucional en el citado Comunicado No. 57 del 11 de noviembre de 2010”.

Afirmar lo contrario contradice el sentido literal del precepto superior y la interpretación que pacífica, sistemática y reiteradamente ha sostenido la Corte Constitucional, e incluso “equivale a despojarla de sentido, pues dejaría sin respuesta un sinnúmero de interrogantes”.

Acto seguido, el Jefe del Ministerio Público pregunta ¿cómo podría ser que el Constituyente Primario hubiese dispuesto que la institución básica o el núcleo de la sociedad puede nacer de la mera voluntad de conformarla? ¿Qué sentido podría tener que la norma haga referencia al matrimonio que requiere del libre consentimiento de los cónyuges, si finalmente la familia se constituye con la simple voluntad de conformarla? ¿Qué justificación podría tener que el Constituyente hubiese hecho expresa y específica referencia a un hombre y una mujer, si al mismo tiempo quería que la familia se conformara por la simple voluntad de cualquier persona o personas (ya fuera un hombre, una mujer, un hombre y un hombre, una mujer y una mujer o hasta de un hombre o una mujer con un animal o una cosa?)”.

Después señala que si para conformar la familia fuese suficiente la mera voluntad de conformarla, “¿por qué se dispuso en la primera parte del artículo 42 que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos? ¿Acaso un vínculo natural o jurídico puede darse no solo entre dos realidades distintas sino también entre una realidad, o una persona consigo misma, como efectivamente podría ser ejercicio de su voluntad?”.

A juicio del Procurador los anteriores interrogantes demuestran que de ninguna manera puede interpretarse el artículo 42 en el sentido que quiere atribuirle el demandante, “es decir, en el sentido de que la familia se constituye (i) por vínculos naturales o jurídicos, (ii) por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio, o (iii) por la voluntad libre de conformarla”, pues “al tenor del artículo 42 de la Carta Política, es claro que la familia se constituye por vínculos naturales o por vínculos jurídicos, y estos vínculos nacen o se originan precisamente (i) en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o (ii) en la voluntad responsable de un hombre y una mujer de conformarla”.

De lo contrario, el Procurador asevera que la familia no sería un vínculo, sino una mera decisión personal, que no se constituiría por un vínculo jurídico o natural, sino por la simple voluntad individual, que el estado no tendría forma de proteger la familia, porque esta no tendría una definición o una naturaleza

concreta, que para su existencia no se necesitaría relación familiar, en tanto que podría existir la familia unipersonal, que toda mención a la pareja sería absolutamente irrelevante, en tanto que, para conformarla, sería suficiente la simple voluntad de conformarla, que ya no podría ser el núcleo o institución básica de la sociedad; “todo lo cual es precisamente contrario a lo que se dispone en el texto del artículo 42 constitucional y, en general y de manera armónica y sistemática, en el texto de la Constitución Política de 1991”.

Puntualiza que tampoco puede concluirse que el artículo 42 superior habilita a las parejas homosexuales a conformar una familia, ni impone a la legislación civil la obligación de permitirles a estas personas contraer matrimonio, ya que si bien el precepto no utiliza la expresión “entre al referirse al hombre y la mujer”, sí usa los artículos singulares “un” y “una”, “de donde no puede sino concluirse que el Constituyente quiso amparar y proteger, como institución básica y núcleo de la sociedad, a la familia constituida por el matrimonio o la decisión libre de ‘un hombre y una mujer’ y no de ‘un hombre o una mujer’ o de ‘cualquier persona’, pues eso no es lo que dice la norma”.

Agrega que “lo mismo debe decirse con respecto al artículo singular ‘la’ con el que el Constituyente quiso referirse expresamente a ‘la pareja’ conformada por ‘un hombre y una mujer’ y no a un número plural e indeterminado de tipos de parejas como podrían serlo las conformadas por ‘un hombre y una mujer’, ‘un hombre y un hombre’ o ‘una mujer y una mujer’, entre otras posibles”.

Estima que sería contrario a toda lógica decir que la expresión ‘un hombre y una mujer’ contenida en el artículo 113 del Código Civil que reproduce textualmente una norma constitucional es inconstitucional, como también lo sería condicionar la norma para señalar que “debe entenderse que el matrimonio no es el contrato por el cual se unen ‘un hombre y una mujer’ sino también ‘un hombre y un hombre’ o ‘una mujer y una mujer’, toda vez que ello equivaldría a condicionar también el texto constitucional que se está reproduciendo y que expresamente dice ‘un hombre y una mujer’ ”.

A continuación hace énfasis en que tampoco “existe en el bloque de constitucionalidad un derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio” y que, “por el contrario, los instrumentos internacionales, al igual que las normas acusadas, se refieren a que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer”, por lo cual “no se puede deducir del derecho internacional de los derechos humanos una obligación de los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo”.

Sostiene que “también carece de todo sustento jurídico o lógico el reproche que hace el actor en el sentido de que el matrimonio no podría ser una decisión libre sino admitiéndose tanto el matrimonio de hombre y mujer como el matrimonio de personas del mismo sexo”, pues si esto fuera así, entonces “carecería completamente de sentido que en el artículo 42 constitucional se hubiese adoptado una definición de familia y se hubiesen reconocido dos medios

específicos para constituirla”, así como haber reservado a la ley el establecimiento de los mecanismos para la protección integral de la familia, la sanción de toda forma de violencia contra la misma o todo atentado contra su armonía y unidad, la reglamentación de la primogenitura responsable, la regulación de sus formas de la edad y capacidad para contraerlo, así como de los derechos y los deberes de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo y la definición de los efectos civiles de los matrimonios religiosos o del divorcio de todo matrimonio.

Hace énfasis en que “el Legislador es autónomo y competente para definir todos estos asuntos relativos al matrimonio y a la familia definidos en la Constitución, precisamente porque la familia y el matrimonio no es un asunto que atañe sólo al interés del individuo o de las parejas individualmente consideradas, sino a toda la sociedad en su conjunto, en tanto que se trata de su núcleo (artículo 5º constitucional) e institución básica (artículo 42 constitucional), e igualmente, porque no dependen exclusivamente de los criterios o de las preferencias de las personas”.

Aduce que una cosa distinta es que aún cuando hay claras diferencias entre las parejas homosexuales y las heterosexuales, por lo que no existe un imperativo constitucional de dar igual tratamiento a unas y otras, el legislador también se encuentre facultado para establecer mecanismos para la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pero sin que ello implique una variación o sustitución de los conceptos de familia o matrimonio que contiene la misma Constitución.

Puntualiza que en lo referente al fin procreativo del matrimonio no hay contradicción entre el artículo 113 del Código Civil y la Constitución, pues no existe una oposición objetiva entre los contenidos del artículo 42 superior y una disposición que señala que uno de los fines del matrimonio es procrear, ya que “precisamente en el texto del artículo 42 constitucional, al definir el matrimonio o la familia, el Constituyente jamás quiso excluir de ella a los hijos, ni le prohibió al Legislador entenderlos como uno de los fines de la institución matrimonial”.

Señala que “si bien el Legislador quiso señalar, en el artículo 113 del Código Civil, que la procreación es uno de los fines del matrimonio, de la lectura objetiva de la norma de ninguna manera se puede deducir que por medio de ella el Legislador quiso imponer la procreación como condición para permitir el matrimonio ni exigirla como un requisito para constituir familia”, porque “la procreación es fin del matrimonio, no condición para su constitución ni existencia”.

Añade que “para nadie el matrimonio es una obligación sino que surge precisamente de la libre voluntad de los cónyuges, por lo que no puede señalarse que el fin procreativo que, en virtud de su competencia constitucional, le ha asignado el Legislador, implique algún tipo de imposición contraria a la libertad

y la autonomía de las personas” e indica que si para la Corte Constitucional no existe prohibición expresa respecto del alquiler de vientre o útero o de la maternidad subrogada o de sustitución, ¿por qué resultaría contrario al ordenamiento jurídico, y particularmente al ordenamiento constitucional, que el contrato de matrimonio, por virtud del cual el hombre y la mujer se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente, tuviera también por fin la procreación?

Asegura el Procurador que nada se opone a que la procreación sea uno de los fines del matrimonio y que, por lo tanto, la Corte Constitucional debe declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, “en tanto que el reproche del accionante no parte más que de una interpretación subjetiva, forzada y caprichosa de la norma constitucional invocada”.

En cuanto al derecho a la igualdad, el Jefe del Ministerio Público se remite de nuevo al concepto 4876 de 2010 y consigna que la institución matrimonial, tal como está regulada, no es discriminatoria, porque no hay identidad entre la situación de una pareja de personas del mismo sexo y una pareja conformada por personas del sexo opuesto, pues el hombre y la mujer, aunque iguales en derechos, no son idénticos y porque cuando se señala que el hombre y la mujer pueden contraer matrimonio, de ninguna manera se discrimina con base en el sexo o en algún otro de los criterios sospechosos a los que se refiere el artículo 13 superior.

Respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad humana, de los fines del estado y de la prohibición de los tratos crueles y degradantes, el Procurador reitera que la interpretación del demandante no se basa en una enunciación proveniente de la norma acusada, sino en su interpretación subjetiva, pues del artículo 113 del Código Civil no surge una obligación para los homosexuales de renunciar a su orientación sexual para contraer matrimonio, lo cual es simplemente una opción, ni en la demanda se explica por qué se “cosifica” a las personas homosexuales, ni se dan razones para demostrar que la institución del matrimonio está ligada indefectiblemente al desarrollo de la dignidad humana de las parejas del mismo sexo o que se está ante una prohibición irrazonable.

Añade que el artículo 42 superior no impone al legislador permitir y regular el matrimonio de personas del mismo sexo, que del artículo 113 del Código Civil no se desprende una irracional negación del matrimonio a las personas del mismo sexo, tampoco una anulación de la condición humana del homosexual, ni una humillación basada en la orientación sexual o una obligación del homosexual a camuflarse como heterosexual para poder contraer matrimonio.

Enfatiza que del bloque de constitucionalidad y, en especial, de la Declaración Universal de los derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre no se puede deducir una obligación de los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

A continuación el Procurador se ocupa de la “ineptitud sustancial de la demanda D-8376” y, fuera de los criterios ya resumidos, se refiere a la omisión legislativa de carácter relativo que, a su juicio, “de ninguna manera es procedente” cuando se reproduce textualmente una norma constitucional y se pretende que la familia se defina simplemente como la constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, “permitiendo así, sin ninguna justificación constitucional, un número indeterminado de modelos o tipos de familia, constituidas por dos o incluso más personas”.

Aduce que el actor no puede solicitar a la Corte “hacer ningún tipo de condicionamientos al declarar la exequibilidad de las normas legales, sino que es competencia exclusiva de la Corte fijar el alcance de sus propias decisiones, razón por la cual, “todavía más improcedente resulta que los accionantes le soliciten a esta Corporación proferir una sentencia integradora o aditiva con el fin de hacer un ‘condicionamiento general’, en relación a todas las leyes que se refieran a los cónyuges, el hombre y la mujer, cuando es su obligación señalar y reproducir todas y cada una de las normas respecto de las cuales pretenden que la Corte Constitucional se pronuncie y esta última no tiene competencia para pronunciarse de oficio sobre la constitucionalidad de las normas y debe limitarse a las señaladas por el actor constitucional”.

Lo mismo opina en relación con la solicitud de proferir una decisión de constitucionalidad condicionada con efectos diferidos, para conceder un plazo al Congreso para regular el matrimonio de personas del mismo sexo, señalándole incluso a la Corte cuál sería el efecto que debería tener el incumplimiento de ese mandato, cual es el reconocimiento pleno del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio.

Agrega que, si bien la Corte ha diferido el efecto de la declaración de inconstitucionalidad, “no existe ningún antecedente y carecería de todo sentido que la Corte Constitucional declarara la ‘constitucionalidad condicionada con efectos diferidos’, pues ello equivaldría a decir que aunque una norma sea declarada exequible, es decir, acorde con la Constitución Política de 1991, es la Corte Constitucional y no el Congreso de la República la Corporación competente para establecer el momento o periodo por el cual esa norma puede regir”.

Sostiene que la inexecutable condicionada con efectos diferidos “no implica, de ninguna manera, que la Corte Constitucional tenga la facultad para ordenarle al Congreso de la República proferir una ley o usurpar su competencia en caso de que éste no le obedezca en un plazo establecido”. Mantener lo contrario, “anula completamente la libertad de configuración del Legislador que los accionantes pretenden invocar como razón de su solicitud”.

Tratándose de las peticiones subsidiarias considera que “resultan incompatibles y son prueba evidente de que su demanda de inconstitucionalidad se fundamenta

no en un contraste objetivo y directo entre las normas demandadas y los artículos constitucionales invocados, sino en una interpretación subjetiva de unas y otras”.

Considera improcedente que se solicite declarar la inexecutable de una interpretación, lo que es “absolutamente contrario a declarar la inexecutable de la misma norma, por lo que una y otra solicitud no podrían sustentarse en las mismas razones”. Si la interpretación y la norma demandada son lo mismo “es decir, si una correcta interpretación de las normas demandadas es, en concepto de los actores, contraria a la Constitución, no es el Legislador, sino los actores, quienes se equivocan en su interpretación, en tanto que las normas aquí demandadas no hacen otra cosa que reproducir el texto del artículo 42 constitucional”.

Añade que siendo la heterosexual la única familia que goza de protección constitucional y que el matrimonio solo puede entenderse como fuente jurídica de la familia, “carece de todo sentido que se pretenda que la Corte Constitucional declare la inexecutable o condicione la executable de una norma legal que reproduce esa regla constitucional especial (...) como resultado de un pretendido test de igualdad, toda vez que la Constitución ‘es norma de normas (...) y en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’ ”.

Tratándose de la inexecutable de la restricción de la adopción a parejas homosexuales que los actores solicitan a la Corte tener en cuenta si la Corte considera “que debe inevitablemente por razones de unidad normativa, avocar el tema de la adopción por parejas del mismo sexo”, el Jefe del Ministerio Público estima que la solicitud de inhibición expuesta respecto de los otros cargos comporta que la Corte debe declararse inhibida respecto de esto último y también hacerlo en relación con los reproches relacionados con la institución de la adopción.

Agrega que las disposiciones demandadas no se refieren a la adopción, regulada principalmente en el Código de la Infancia, “por lo que de ninguna manera es procedente que la Corte Constitucional se pronuncie de oficio con respecto a esta materia”, a más de que “en todo caso, sobre esta materia se ha configurado una cosa juzgada constitucional, en tanto que en la Sentencia C-841 de 2001 (M. P. Gerardo Monroy Cabra) la Corte Constitucional ya sostuvo que, de conformidad con la definición constitucional de familia y el propósito que tiene la institución de la adopción, en Colombia no es posible la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo y que esta restricción no es contraria al principio-derecho a la igualdad”.

Manifiesta que lejos de la nueva regla constitucional que los actores consideran debe formularse y de conformidad con la cual mientras no haya un daño cierto y comprobado no puede proceder una restricción de derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución es un derecho fundamental de

los niños “tener una familia y no ser separados de ella”, al paso que la familia constitucionalmente protegida y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos “y no solamente la obligación de evitar aquello que esté comprobado (conforme a unos criterios o condiciones indeterminados) que les pueda causar un daño cierto”, lo que significa que “frente a los niños, las niñas y los adolescentes en condición de adoptabilidad, el estado tiene una función de garante y, por tanto, debe buscarles la mejor familia posible”.

Asevera que, si la misma Corte considera que no le corresponde determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana, mucho menos podría atribuirse “la competencia para evaluar si la adopción por parte de parejas homosexuales representa o no un riesgo para los niños, las niñas y los adolescentes pues, como se demuestra con las intervenciones que se han hecho en el transcurso del presente proceso, a este asunto no sólo se le han dado distintas respuestas y desde muy diferentes perspectivas, sino que incluso, como los mismos accionantes lo sostienen, existen ‘tanto estudios científicos acerca de los efectos que puede ocasionar en un menor el hecho de ser criado en un ambiente homoparental que coinciden en que no se evidencia una afectación negativa del desarrollo del menor (...) como estudios que discrepan de esta posición mayoritaria’, es decir, que ‘existe controversia científica respecto de la materia’ ”.

Finalmente, precisa “que al mismo tiempo que el artículo 44 es claro en señalar que ‘los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás’, de conformidad con la jurisprudencia constitucional es claro que no existe el derecho a adoptar, luego de ninguna manera podría decirse que la supuesta discriminación que reprochan los demandantes podría implicar una ‘restricción de los derechos fundamentales’, como ellos sostienen”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo establecido por el artículo 241-4 de la Constitución, por cuanto se han acusado apartes contenidos en leyes de la República.

2. Planteamiento de la cuestión

2.1. Las demandas

El artículo 113 del Código Civil establece que “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” y, tanto en la demanda de inconstitucionalidad identificada con el número D-8367, como en la radicada bajo el número D-8376, los respectivos actores cuestionan las expresiones “un

hombre y una mujer” y “de procrear”, por considerarlas contrarias a la Constitución, dado que impiden contraer matrimonio a parejas conformadas por personas del mismo sexo.

2.1.1. Demanda D-8367

En esta demanda el actor propone una interpretación de las nociones de familia y matrimonio contenidas en el artículo 42 de la Carta y al efecto expone que su primer inciso establece varias formas de integrar el núcleo básico de la sociedad, pues la familia puede ser constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Con fundamento en esta premisa el libelista añade que la institución familiar no surge necesariamente del vínculo de un hombre con una mujer y que su conformación bien puede tener origen en la relación de un hombre con otro hombre o de una mujer con otra mujer, en apoyo de lo cual indica que la Constitución no utilizó el vocablo “entre”, luego mal cabe concluir que la pareja heterosexual es la única admitida a celebrar matrimonio, por cuanto la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraerlo puede concretarse en la voluntad de unirse a otro hombre o a otra mujer.

En este contexto, el principio de libertad impide condicionar la voluntad de unirse en matrimonio al hecho de tener que contraerlo con una persona del sexo opuesto, ya que, además, la expresión “la pareja”, contenida en el inciso 5° del artículo 42 superior, es aplicable a las uniones conformadas por heterosexuales y también a las integradas por personas homosexuales.

Sostiene que en contra de la anterior interpretación de la Carta, la definición del matrimonio prevista en el artículo 113 del Código Civil lo limita a las parejas heterosexuales con evidente y desproporcionada exclusión de las parejas del mismo sexo, lo que torna inconstitucional la mención de “un hombre y una mujer” e igualmente de la procreación como finalidad del matrimonio, porque, en este último caso, también el artículo 42 superior deja a la libre decisión de la pareja unida mediante el vínculo matrimonial la posibilidad de procrear o de no hacerlo, de donde surge que el Estado no puede establecer que la procreación es uno de los fines del matrimonio y menos aun si esta puede tener lugar en uniones no matrimoniales.

Destaca que, tratándose de las parejas del mismo sexo, el auxilio mutuo como finalidad del matrimonio no se procura de manera pública, sino en la clandestinidad, lo cual confirma la tradicional marginación de los homosexuales, obligados a soportar “una carga desproporcionada e irrazonable” y a padecer un trato desigual e injustificado, cuya superación implica el permitirles celebrar el contrato de matrimonio, públicamente reconocido, por la legislación y por la sociedad.

Asevera que no existe un objetivo constitucionalmente relevante que sustente la exclusividad del matrimonio para las parejas heterosexuales y que no procede fundar la prohibición de celebrarlo en el carácter de enfermedad atribuido a la homosexualidad, porque, al margen de lo despreciable de esa tesis, la enfermedad, en caso de existir, no constituye impedimento para contraer matrimonio, ni siquiera tratándose de los heterosexuales.

Estima que los apartes acusados violan el artículo 43 de la Constitución en la parte en que otorga a la mujer y al hombre iguales derechos y oportunidades, pues a los homosexuales, hombres o mujeres, se les excluye de la posibilidad de contraer matrimonio, así como en el segmento de conformidad con el cual la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, dado que, a causa de su orientación sexual, a las parejas de lesbianas se les somete a un trato discriminatorio al impedirles acceder al contrato solemne de matrimonio.

Adicionalmente, aduce la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad que, a su juicio, radica en que la negación de la formalidad legal que les permita manifestar públicamente su opción de vida marital obliga a los homosexuales a mantener su relación de pareja en la clandestinidad o a asumir el rol de heterosexuales para gozar del derecho a celebrar el contrato de matrimonio y, a continuación, advierte que el derecho debe adecuarse a los tiempos y propiciar un cambio en la percepción que la sociedad tiene de los homosexuales.

Después el demandante se refiere a la dignidad humana, a los fines del Estado y a los tratos degradantes e indica que la prohibición de contraer matrimonio anula la condición humana del homosexual, impide al Estado cumplir las finalidades consistentes en garantizar la efectividad de los principios y derechos establecidos en la Constitución y en asegurar la convivencia pacífica y un orden justo e implica un trato degradante que se traduce en la humillación pública a la cual se somete a los homosexuales por excluirlos de una institución como el matrimonio, debido a su orientación sexual diferente.

Por último, señala que los derechos ya reconocidos a las parejas del mismo sexo no justifican que se les niegue el derecho a contraer matrimonio que, en su criterio, está incorporado en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, son parámetro de control para la Corte.

2.1.2. Demanda D-8376

La demanda identificada con el número D-8376 se dirige en contra de las mismas expresiones del artículo 113 del Código Civil atacadas en la solicitud de inconstitucionalidad que se acaba de resumir y los propios actores presentan una síntesis de su “lógica esencial”, y al efecto aducen que aun cuando lo

relacionado con la expresión “de procrear” tiene una conexión directa con el tema central de la demanda, puesto que una de las razones invocadas para negar el matrimonio entre personas homosexuales consiste en que no pueden procrear, al margen de esta cuestión “existen razones que justifican la inconstitucionalidad de dicha expresión”.

Así, la definición de la procreación como finalidad del matrimonio “comporta un desconocimiento del derecho a la autonomía reproductiva” y también de la intimidad familiar y del libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes, lo que tiene especial incidencia tratándose de la mujer, “dada la posición especial que por cuestiones biológicas y culturales tiene esta frente a la reproducción”.

En lo atinente a la inconstitucionalidad de la restricción del matrimonio a las parejas homosexuales, los demandantes estiman que el precedente en materia de derechos de tales parejas somete el análisis del trato desigual a un test estricto de proporcionalidad y, como presupuesto de su aplicación, sostienen que “las parejas heterosexuales y las homosexuales se encuentran en una situación asimilable en relación con la posibilidad de celebrar el contrato de matrimonio por cuanto tienen unos requisitos análogos de protección”.

Agregan que para justificar el trato discriminatorio se suele afirmar que solo las parejas heterosexuales pueden constituir una familia y que este argumento debe ser tenido en cuenta, pero no como fundamento para evitar la aplicación del test estricto e insisten en que la diferencia fundada en la incapacidad biológica de procrear tampoco puede ser pretexto “para negar el carácter asimilable de los dos tipos de pareja, porque la capacidad de procrear no constituye una condición para celebrar el matrimonio, ni para su validez, de tal modo que en este punto las parejas homosexuales se encuentran en la misma situación que las parejas heterosexuales que no pueden engendrar”.

En segundo término se ocupan de la interpretación del artículo 42 de la Constitución, en cuanto establece que la familia se constituye “por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio” y sostienen que, según una lectura de este precepto, la misma Carta “restringiría el matrimonio a las parejas heterosexuales y prohibiría la consagración legal del matrimonio homosexual”, interpretación controvertible, ya que una aproximación literal al texto permite atribuirle otro sentido, conforme al cual se “reconocería también la obligación de consagrar el matrimonio entre un hombre y una mujer”, pero “se dejaría abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico prevea otros tipos de matrimonio”.

Los demandantes afirman que la interpretación restrictiva es más débil que la interpretación amplia, por cuanto (i) parte del supuesto erróneo de que la Constitución protege un tipo único de familia -la heterosexual-, siendo que la Carta, la ley y la jurisprudencia “reconocen y protegen otros tipos de familia como la conformada por madres o padres cabeza de familia y la familia de

crianza”, (ii) “asume equivocadamente que el artículo 42 contiene una regla exceptiva en materia de matrimonio y no, como efectivamente ocurre, una regla especial” y (iii) “es incompatible con una interpretación sistemática de la Constitución en la medida en que implica la vulneración de derechos fundamentales de las personas homosexuales reconocidos en los artículos 1º, 13, 14 y 16 de la Carta”.

Con base en los anteriores argumentos, los actores proponen la aplicación del test estricto de proporcionalidad y, con tal propósito, aseveran que “el trato desigual no obedece a un fin constitucionalmente imperioso y legítimo”, porque la protección especial de la familia heterosexual “obedece a una interpretación equivocada de la Carta”, que parte del “supuesto erróneo de que la Constitución solo protege la familia heterosexual y monogámica” e indican que, “aun partiendo de tal supuesto erróneo, la invocación de tal fin tampoco resulta legítima porque desconoce que el matrimonio no está ligado exclusivamente a la noción de familia, pues su principal característica es la de ser un contrato que genera un vínculo jurídico entre los contrayentes”, a su vez generador de obligaciones personales recíprocas en el ámbito exclusivo de la pareja”.

Puntualizan que, aunque se sostenga que la única familia constitucionalmente protegida es la heterosexual y que el matrimonio es la fuente exclusiva de la familia, “el trato desigual no resiste el segundo paso del test ya que no existe una relación de adecuación entre la finalidad enunciada y el medio escogido para alcanzarla”, porque “si se acepta que las parejas homosexuales contraigan matrimonio, las parejas heterosexuales que decidan casarse no verán anulada, ni menguada la protección que el orden jurídico les prodiga”.

Anotan que la restricción derivada del artículo 113 del Código Civil tampoco es proporcional al fin perseguido con el trato desigual, “por cuanto los efectos negativos que genera sobre las parejas homosexuales son mucho mayores que los beneficios para las parejas heterosexuales”, ya que, a pesar de los avances obtenidos por las parejas homosexuales en la protección de sus derechos, “el contrato de matrimonio ofrece a las parejas un núcleo de protección que no es garantizado por ninguna otra figura jurídica, ni siquiera por la que más se le parece, a saber, la unión marital de hecho”.

Lo anterior se traduce en un “déficit de protección para las parejas homosexuales”, porque son privadas de la prerrogativa de elevar a la categoría de deberes jurídicos sus compromisos morales y deben soportar la restricción de “la libertad para dar por terminada la unión, obtener un mayor grado de protección patrimonial, modificar el estado civil y acceder con mayor facilidad a ciertos beneficios legales”, lo que causa el desconocimiento de los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la personalidad jurídica.

Una vez aplicado el test de proporcionalidad, los actores afirman que al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio se les

vulnera la dignidad humana, en la medida en que se incumple el deber mínimo de protección y en que se afecta la dimensión de la dignidad consistente en “vivir como se quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones”.

Por último, señalan que se viola el derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad y, para demostrar la vulneración, excluyen “los prejuicios existentes acerca de la capacidad o la madurez de las personas homosexuales para celebrar el contrato de matrimonio” y retoman el test estricto de proporcionalidad, a fin de explicar que “la restricción de la autonomía en este caso no obedece a un fin constitucional legítimo y que además es extremadamente desproporcionada pues no reporta ningún beneficio concreto, mientras que sí se vulneran múltiples derechos de las personas homosexuales”, limitación sustentada en una visión única de la sexualidad “que atenta contra el pluralismo”.

Con fundamento en lo expuesto, los demandantes solicitan la declaración de inconstitucionalidad de la expresión “de procrear” y, en lo referente a la expresión “un hombre y una mujer”, deducen como pretensión principal la exequibilidad basada en que el legislador incurre en una omisión de carácter relativo, por lo cual solicitan condicionar la exequibilidad a que se entienda que “también pueden contraer matrimonio las parejas del mismo sexo”, mientras que, “por razones de unidad normativa”, solicitan la inexequibilidad de la expresión “de un hombre y una mujer”, que aparece en el primer inciso del artículo 2 de la Ley 294 de 1996 y en el primer inciso del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, para que queden del siguiente tenor: “la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Adicionalmente, basados en la unidad normativa, piden un condicionamiento general de la Corte “con el fin de que precise en la parte resolutive que cuando la ley en general haga referencia a ‘cónyuges’ o haga referencia a ‘hombre y mujer’ al regular la institución matrimonial, en virtud del principio de protección igual a las parejas heterosexuales y del mismo sexo, debe entenderse que dichas expresiones hacen referencia también a los cónyuges o integrantes casados de las parejas del mismo sexo”.

En forma subsidiaria, y en caso de que la Corte estime que no cabe proferir una sentencia aditiva, solicitan que “establezca una modalidad de sentencia intermedia, de ‘constitucionalidad condicionada con efectos diferidos’ en la siguiente forma: que reconozca inmediatamente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio con base en las regulaciones básicas existentes del matrimonio y los condicionamientos anteriormente señalados en la definición legal del matrimonio”, pero que, en consideración de la libertad configurativa del legislador, la Corte le otorgue al Congreso un plazo de seis meses “para que regule en forma no discriminatoria el matrimonio de las parejas del mismo sexo”, precisando que si no realiza la regulación en el plazo indicado “debe entenderse que rige plenamente el derecho de las parejas del mismo sexo

a contraer matrimonio, con base en la regulación vigente y los condicionamientos hechos por la Corte en la sentencia que profiera”.

Finalmente, consideran que no es constitucionalmente adecuada la doctrina según la cual los demandantes no pueden solicitar la constitucionalidad condicionada y precisan que, aun cuando la Corte “parece haberla abandonado en su evolución jurisprudencial reciente”, para evitar “cualquier posibilidad de que la demanda pueda ser considerada inepta”, subsidiariamente y si la Corporación no acoge la pretensión principal fundada en una omisión legislativa de carácter relativo, solicitan a la Corte “que (i) declare inexecutable la posible interpretación según la cual dicha expresión excluye el matrimonio por parejas del mismo sexo, o (ii) declare inexecutable dicho aparte”.

2.2. Las demandas y su aptitud

La Corte observa que las demandas acumuladas básicamente coinciden en el señalamiento de los segmentos acusados del artículo 113 del Código Civil, mientras que difieren respecto de la interpretación de los apartes demandados y de la Constitución misma, así como en lo relativo a las solicitudes en cada caso formuladas a la Corte y, constata, además, que, en ambos eventos, el señor Procurador General de la Nación solicita a la Corporación declararse inhibida para emitir fallo de fondo, con fundamento en los criterios vertidos en el concepto No. 4876, rendido en el proceso al que dieron origen las demandas D-7882 y D-7909 y en el comunicado No. 57 de 11 de noviembre de 2010 en el cual se informa acerca de la adopción de la Sentencia C-886 de 2010.

En la Sentencia C-886 de 2010 la Corporación decidió declararse inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva, en relación con las demandas que en esa ocasión habían sido presentadas en contra del artículo 113 del Código Civil en los segmentos que ahora también son objeto de tacha y de las expresiones “familia” y “de un hombre y una mujer”, que hacen parte del artículo 2º de la Ley 294 de 1996, relativa a la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar.

En esa oportunidad la Corporación estimó que a ella no le corresponde adelantar una revisión oficiosa de la legislación, motivo por el cual los demandantes deben estructurar debidamente los cargos de inconstitucionalidad para activar, de ese modo, las funciones de control asignadas a la Corte Constitucional, en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Carta.

Una presentación general de las razones expuestas en la Sentencia C-886 de 2010 para sustentar la inhibición, permite destacar que, en contra de lo alegado por los actores, la Corte encontró que (i) el artículo 113 del Código Civil no obliga a nadie a renunciar a su orientación sexual ni a contraer matrimonio, (ii) no comporta trato degradante e inhumano o contrario a la dignidad de las persona homosexuales, (iii) que la afirmación de conformidad con la cual el artículo 42 superior se limita a reflejar la realidad consistente en que la

heterosexualidad es mayoritaria en nuestro país no implica, en sí misma, formulación de un cargo de constitucionalidad, como tampoco lo estructura la simple aseveración de que al artículo 2º de la Ley 294 de 1996 se le ha dado una interpretación errada.

En cuanto al cargo por violación del derecho a la igualdad, la Corte estimó (iv) que los demandantes no dieron cumplimiento a la exposición de la carga argumentativa adicional exigida en estos casos con la finalidad de que la acusación quede adecuadamente estructurada y, en lo referente a la presunta vulneración de instrumentos internacionales, la Corporación consideró (v) que la obligación de instituir el matrimonio de las parejas homosexuales no deriva de esos textos, al paso que tratándose de las acusaciones atinentes al carácter irrazonable de la prohibición presuntamente surgida de los preceptos acusados, a la violación del derecho a tener una familia, a la desprotección de los derechos de los niños y a otros argumentos de conveniencia social, la Corporación verificó (vi) que incurrían en falencias relativas a la certeza del cargo, a la presentación de una oposición real entre las normas inferiores y las constitucionales o que, sencillamente, respondían a apreciaciones subjetivas de los demandantes, carentes de asidero en el contenido de los preceptos cuya declaración de inconstitucionalidad se pretendió.

En la causa que ocupa la atención de la Corte podría pensarse que resulta indispensable examinar uno a uno los argumentos de las demandas acumuladas para determinar, de manera sucesiva, si los cargos formulados son aptos o no lo son, pero la Corte considera que, a diferencia de las demandas analizadas en la providencia que se acaba de citar, las que ahora son objeto de examen contienen apreciaciones globales que sirven de marco a las alegaciones específicas y que las ubican en un contexto diferente del que ya la Corporación tuvo oportunidad de apreciar.

Nótese que mientras en la Sentencia C-886 de 2010, a propósito de distintos cargos de inconstitucionalidad, en repetidas ocasiones la Corte advirtió que los actores partían de confundir las nociones de familia y matrimonio, en las demandas D-8367 y D-8376 tal confusión no se presenta, pues el ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo sienta como base de sus consideraciones la distinción entre la noción de familia y la de matrimonio e identifica tres formas de constituir la primera, en tanto que en la segunda de las demandas, al margen de ciertas consideraciones, se llama la atención acerca de que, fuera de la familia fundada en el matrimonio, existen otros tipos, entre los que citan las conformadas por las madres o por los padres cabeza de familia y los hijos, la surgida de la adopción y la denominada de crianza.

Este fundamento le confiere una perspectiva distinta a los planteamientos vertidos en los respectivos libelos, de modo que los diversos argumentos no pueden ser considerados aisladamente, sino en conexión con los criterios generales que sirven de sustento a las demandas estudiadas, lo que impide

trasladar mecánicamente al asunto examinado las razones que expuso la Corte en la Sentencia C-886 de 2010 para declararse inhibida.

Adicionalmente, ha de repararse en que, con fundamento en las sentencias que sobre parejas del mismo sexo ha dictado la Corte después de la identificada con el número C-075 de 2007, quienes son actores en la demanda D-8376 aducen un cambio en la evolución jurisprudencial sobre la materia y reclaman brindar la igual protección que en la mentada providencia se plasmó y aplicar el test de proporcionalidad en su versión estricta, dado el carácter sospechoso de las diferenciaciones basadas en el criterio de orientación sexual.

Consecuentes con esa apreciación, los demandantes desarrollan cada uno de los pasos que integran el test estricto de proporcionalidad y, después de realizar el correspondiente análisis, concluyen que la referencia al hombre y a la mujer, contenida en el artículo 113 del Código Civil es contraria a la Constitución, de modo que la carga argumentativa adicional requerida por el derecho a la igualdad, cuya ausencia fue percibida en la Sentencia C-886 de 2010, aparece claramente satisfecha en esta oportunidad y merece que se le tenga en cuenta, bien sea para determinar si cabe o no la realización del test de proporcionalidad o para establecer, en caso afirmativo, si a los demandantes les asiste o no la razón en el desarrollo del test y en la conclusión a la cual llegan.

Así pues, con base en la distinción entre familia y matrimonio, los demandantes, en uno y otro caso, aseveran que se debe permitir el matrimonio de las parejas del mismo sexo y alrededor de esta argumentación principal articulan los restantes alegatos que, conforme se expuso, cobran una significación distinta en esta presentación y singularmente el que tiene que ver con la posible vulneración del derecho a la igualdad que está dotado de un especial desarrollo en la demanda D-8376.

La posibilidad de que las parejas homosexuales puedan dar lugar a una familia merecedora de especial protección constitucional suscita una mínima duda acerca de la constitucionalidad de los apartes acusados del artículo 113 del Código Civil que reserva el contrato de matrimonio a las parejas heterosexuales y esa duda adquiere mayor sustento cuando se pone de presente la condición de minoría tradicionalmente desprotegida que se le atribuye a los homosexuales, así como al involucrar en la cuestión la eventual existencia de un criterio sospechoso que sería la base de la desprotección, como lo es el referente a la orientación sexual.

Pero, fuera de todo lo anterior, las discrepancias que, a simple vista, se perciben en las demandas advierten suficientemente sobre la complejidad del tema y acerca de su relevancia constitucional. Esas discrepancias, en primer lugar, se presentan en cuanto hace a la interpretación de la preceptiva demandada y también en lo atinente a la solicitud que, en cada uno de los libelos, le es formulada a la Corte.

Dejando de lado, por ahora, las particularidades relativas al alcance y significado de las disposiciones demandadas, basta mencionar que en la demanda D-8367 se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los apartes pertenecientes al artículo 113 del Código Civil que son objeto de acusación, en tanto que, tratándose de los mismos textos, los actores en la demanda D-8376 piden la declaración de exequibilidad de la expresión “un hombre y una mujer”, con base en la posible configuración de una omisión relativa e inconstitucional que la Corte tendría que superar mediante la aplicación de los mandatos superiores del ordenamiento.

La discrepancia también alcanza a la interpretación que en una y otra demanda se hace de la preceptiva constitucional y, en particular, del artículo 42 de la Carta, ya que, mientras el ciudadano Echeverry Restrepo expone su particular concepción sobre el asunto, los ciudadanos que obran como actores en la demanda D-8376 presentan su interpretación como un cambio operado en la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre parejas del mismo sexo, que, a partir de la Sentencia C-075 de 2007, habría virado en el sentido de reconocer diversas prerrogativas y de extender beneficios antes solo garantizados a las parejas heterosexuales, lo que, de algún modo, anticiparía una modificación en el tratamiento tradicionalmente dispensado por la Corte a la familia y al matrimonio para incluir a las parejas del mismo sexo también en este nivel que, a juicio de los demandantes, es el único que les brinda suficiente y adecuada protección.

La Corporación observa que el debate planteado en las demandas alrededor del matrimonio de las parejas del mismo sexo, así como el desatado por los opositores de esta idea no es exclusivo de la sociedad colombiana ni se le ha planteado únicamente a la Corte Constitucional de nuestro país.

En efecto, la doctrina extranjera, antes que la nacional, ha abordado profusamente la materia y la repercusión de los problemas tratados se advierte en los argumentos esgrimidos en las demandas que se estudian y, de otra parte, a tribunales y cortes constitucionales de otras latitudes han llegado peticiones similares a la aquí considerada, como lo evidencia la amplia referencia al derecho comparado que trae la demanda D-8376.

El interés constitucional del asunto no está en duda y habida cuenta de que la lectura sistemática de cada una de las demandas presentadas deja ver que los argumentos estructurales sobre los que se edifican los cargos principales y se articulan los restantes suscitan razonables dudas sobre la constitucionalidad de la preceptiva demandada y aún sobre el sentido de la jurisprudencia que ha interpretado las disposiciones superiores involucradas, la Corte Constitucional considera que las demandas tienen la aptitud requerida para dar lugar al juicio de constitucionalidad que se le pide.

No obstante lo anterior, la Corporación aclara que, ante todo, se ocupará del análisis de las ideas matrices a partir de las cuales los actores le han

proporcionado un contexto a sus respectivas demandas y, en primer término, del cuestionamiento de la expresión “un hombre y una mujer” que hace parte del artículo 113 del Código Civil, en cuya acusación coinciden ambos libelos, de manera que el resto de los cargos, sean los de principal envergadura o los articulados alrededor de estos, se analizarán con base en las exigencias y resultados de la aproximación propuesta.

No es difícil suponer que aun cuando los argumentos principales fundamentan la aptitud de las demandas y, como se ha señalado, articulan las distintas acusaciones que no pueden ser abordadas en forma aislada, se pueda llegar a concluir que, como consecuencia del análisis adelantado, algunos de los cargos articulados a los principales no sean aptos, motivo por el cual, de ocurrir tal circunstancia, en su debida oportunidad así se explicará y hará constar, ya que, inicialmente, a la Corte no le resulta posible juzgar esa aptitud, pues, se repite, a diferencia de lo ocurrido en la Sentencia C-886 de 2010, no se trata de acusaciones separadas, sino pertenecientes a un alegato integral y vinculadas a otras principales, probadamente aptas y, por lo tanto, su suerte no es independiente de lo que se decida respecto de los cargos aquí denominados matrices.

2.3. Las materias jurídicas a tratar y el orden para su desarrollo

Así las cosas y dado que el planteamiento de las demandas involucra la interpretación del artículo 42 de la Carta e incluso el señalamiento de posibles diferencias con la lectura plasmada en la jurisprudencia constitucional que, según algunos actores habría tenido una necesaria evolución todavía no reconocida por la Corte ni explorada en todas sus consecuencias, para examinar los ataques de inconstitucionalidad dirigidos en contra de la expresión “un hombre y una mujer” del artículo 113 del Código Civil resulta indispensable iniciar con un análisis del principal parámetro constitucional invocado cual es el artículo 42 superior, a fin de (i) determinar su alcance en relación con la familia y el matrimonio, (ii) precisar si da pie a los distintos tipos de familia, (iii) establecer si la unión de parejas del mismo sexo responde o no a la noción de familia y, en caso afirmativo, (iv) dilucidar si es objeto de protección constitucional y (v) en caso de serlo, cuál es el alcance de esa protección y quién está llamado a brindarla.

Una vez desarrollados los anteriores puntos y obtenidas las pertinentes conclusiones, la Sala Plena estará en condiciones de evaluar las interpretaciones brindadas por los actores, de verificar si el legislador incurrió en una omisión relativa e inconstitucional, de resolver acerca de la realización del test estricto de proporcionalidad y de tomar la decisión que corresponda sobre la constitucionalidad de la expresión “un hombre y una mujer”, perteneciente al artículo 113 del Código Civil.

Conforme se advirtió, distintos cargos serán analizados a lo largo del tratamiento propuesto y, desde luego, también los referentes al vocablo “procrear” y los que en la demanda D-8376 se elevan en contra de la expresión

“de un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 2º de la Ley 294 de 1996, así como en el artículo 2º de la Ley 1361 de 2009.

Ahora bien, dependiendo de lo que se resuelva en relación con la pretensión principal deducida en la demanda D-8376 se determinará si hay lugar o no a darle curso a las pretensiones subsidiarias y, en cualquier caso, la Corte adoptará las decisiones que surjan del análisis efectuado y de las conclusiones arrojadas por ese análisis.

Procede, entonces, examinar los asuntos jurídicos a los que se ha hecho referencia, pero, antes de iniciar, es menester efectuar algunas aclaraciones previas que permitirán comprender de mejor manera el asunto puesto a consideración de la Corte y a resolver mediante esta sentencia.

3. Aclaraciones previas

La Corte considera oportuno aclarar, con carácter previo, que el examen ahora emprendido se ceñirá a los planteamientos expuestos en cada una de las demandas y que, precisamente para atenerse a ellos, es indispensable precisar su contenido y alcance respecto de algunas cuestiones básicas que sustentan las declaraciones de inconstitucionalidad solicitadas, como sucede (i) con la comprensión de la homosexualidad, (ii) con la determinación del criterio sospechoso que sirve de soporte al trato diferente alegado y (iii) con el sentido del derecho al matrimonio que se reclama para poner fin a esa desprotección.

3.1. La homosexualidad y las demandas presentadas

En cuanto a la comprensión de la homosexualidad que subyace a las demandas presentadas, es menester precisar que, de acuerdo con ciertas orientaciones doctrinales, decisiones como la que en esta ocasión se le pide a la Corte trascienden el ámbito de las parejas homosexuales, de modo que la prohibición o la autorización del matrimonio operaría respecto de cualquier pareja distinta de la conformada por personas heterosexuales y no se limitaría a la pareja homosexual.

En este sentido, al comentar la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica y la posterior ley dictada con base en la sentencia por el parlamento de ese país, se ha escrito que fue utilizada una “nomenclatura reduccionista”, porque “hablar exclusivamente de matrimonio heterosexual u homosexual de acuerdo con los significados que tradicionalmente se atribuyen a estos términos, excluye condiciones sexuales alternativas”, pues “ese discurso clásico solo permite abordar el espectro de parejas constituidas por las opciones hombre/hombre, mujer/mujer y mujer/hombre, excluyendo a personas que no necesariamente se identifican con estas formas de ver al mundo, a la sexualidad y a las relaciones sociales”, como sería el caso de “intersexuales, travestis, transgéneros y algunas personas transexuales” que “continúan excluidas e invisibilizadas, esperando

que de una vez por todas el orden social tradicional sea desafiado en su misma esencia”³.

Frente a esta visión amplia se encuentra la llamada “tradicional”, que ha dado lugar a que se distinga entre homosexuales y transexuales, en el sentido de que la persona homosexual manifiesta un impulso erótico, por el cual “se prefiere la compañía sexual de una persona de la misma especie, un hombre de un hombre y una mujer de una mujer, mientras que el transexual presenta un problema de género en virtud del cual lo que se busca es pertenecer al género opuesto”, de manera que, según esta visión, “en las relaciones de un transexual “se busca la relación entre un hombre y una mujer y no entre iguales”.

La distinción entre las orientaciones doctrinales comentadas es patente, pues mientras que la primera defiende la extensión de las decisiones adoptadas respecto de las parejas homosexuales a todo el colectivo conformado por parejas con opciones distintas de la heterosexual, la segunda prefiere el análisis de cada una de las situaciones y, en los casos que han sido citados a título de ejemplo, diferencian entre las uniones homosexuales y las transexuales, “que ofrecen una problemática diversa porque encierran un cambio de la identidad”, cambio que no se advierte en el homosexual, quien “no reclama un estado sexual diferente al que le asigna su sexo biológico que le da placer”⁴.

En este sentido se ha considerado que los transexuales, como personas que se han sometido a una operación de cambio de sexo, “son una categoría relativamente reciente, pues hasta hace poco no existía el necesario conocimiento médico quirúrgico”, luego la cuestión de si pueden contraer matrimonio “es también relativamente reciente”, no tratándose aquí “de matrimonio entre personas del mismo sexo, sino “más bien, de decidir, qué sexo tiene el transexual a efectos de ejercer su derecho al matrimonio” o, en otros términos, de determinar “si el ordenamiento jurídico debe reconocer el cambio morfológico de sexo y, por consiguiente, permitir que el transexual se case con persona de sexo distinto del que ahora tiene, pero idéntico del que tenía antes de operarse”⁵.

La Corte estima que en este caso no se trata de resolver en abstracto la controversia planteada en los términos que se dejan expuestos, ni de explorar officiosamente todo el conjunto de opciones sexuales o de uniones entre personas a partir de la consideración del género, de la identidad o de la orientación sexual, sino de decidir acerca de lo que efectivamente se le pide en las demandas, cuyas formulaciones constituyen la pauta que le permitirá delimitar la materia, seleccionar la tesis que servirá de sustento a sus

³ Cfr. MARIANO FERNANDEZ VALLE, “Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana” en ROBERTO GARGARELLA (coordinador), *Teoría y crítica del derecho constitucional, Tomo II. Derechos* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. Págs. 602 y 603.

⁴ Cfr. GRACIELA MEDINA, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni 2001. Pág. 75.

⁵ Cfr. LUIS MARIA DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson - Civitas, 2005. Pág. 465.

consideraciones y conferirle a las categorías que utilizará un sentido apropiado a la temática que se va a abordar.

En este orden de ideas cabe destacar que el ciudadano Echeverry Restrepo establece una comparación entre la pareja heterosexual y la pareja homosexual para afirmar que la familia no tiene su fuente exclusiva en la unión entre un hombre y una mujer, puesto que, “tanto un hombre con vínculos con otro hombre, o una mujer con vínculos con otra mujer”, también se hallan habilitados para ser reconocidos, constitucionalmente y por la legislación civil, “como familia”, de donde resulta que un hombre puede contraer matrimonio con otro hombre, una mujer con otra mujer, un hombre con una mujer y una mujer con un hombre.

Por su parte, los actores en la demanda D-8376 solicitan igual protección para las parejas heterosexuales y las “del mismo sexo”, entendiendo por tales a las conformadas por personas homosexuales y, al referirse a la evolución de la jurisprudencia, anotan que el pretendido cambio por ellos defendido habría consistido en que antes se garantizaba “el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas homosexuales en tanto que individuos, pero sin extender la protección a las parejas y las familias conformadas por estas personas”, siendo que “las parejas heterosexuales y las homosexuales se encuentran en una situación asimilable en lo que respecta a los requerimientos de protección que solo pueden ser satisfechos con el contrato de matrimonio”.

Las anteriores citas son suficientes para concluir que en las dos demandas que han sido acumuladas se solicita la protección de las parejas conformadas por personas homosexuales mediante la autorización del matrimonio y que, por lo mismo, si tal fuera el caso no habría lugar a extender los términos de la protección efectivamente solicitada para cobijar en esta decisión a todos los sujetos con orientación diversa de la heterosexual, porque ello implicaría la variación oficiosa de los argumentos vertidos en los respectivos libelos, así como de las solicitudes, sin que, además, la Corte tuviera pleno conocimiento de la magnitud de una cuestión que, en buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia de otros tribunales, no ha sido tratada en conjunto, sino de manera puntual y atendiendo a las características propias de cada situación particular.

Así por ejemplo, en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos el derecho del matrimonio de los transexuales ha tenido un tratamiento jurisprudencial específico que, con fundamento en casos concretos, incluye variaciones en la orientación jurisprudencial, habida cuenta de los cambios sociales sustanciales, “así como de importantes transformaciones ocasionadas por el desarrollo de la medicina y de la ciencia en el campo de la transexualidad”⁶.

⁶ Véase ALEJANDRO TORRES GUTIERREZ, “El derecho a contraer matrimonio” en JAVIER GARCIA ROCA y PABLO SANTOLAYA, *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. Págs. 621 y ss.

No sobra señalar que los desarrollos referentes a los derechos de los homosexuales y, en particular, los producidos en Sentencias tales como la C-075 de 2007 o la C-029 de 2009, invocadas por los demandantes, tienen como sujeto a los homosexuales y a las parejas conformadas por ellos y que, de otra parte, la Corporación ya ha registrado que “la homosexualidad recibe diversas acepciones”, e indicado que, sobre la base de la atracción hacia las personas del mismo sexo, una de esas comprensiones la presenta como “un rasgo o status de la persona, que tiene que ver con la orientación o preferencia de sus deseos eróticos, pero sin que obligatoriamente ésta se traduzca en relaciones sexuales”, en tanto que, según otro entendimiento, “hace referencia al hecho de que dos personas del mismo sexo biológico tengan relaciones sexuales, esto es, la homosexualidad no es un status personal, sino un comportamiento”⁷.

Dado que en las argumentaciones vertidas en los libelos se alude a los dos significados, pues, de una parte, se alega que la sola condición personal del homosexual genera un déficit de protección que debe ser superado y, de la otra, se pide que a las parejas del mismo sexo se les permita contraer matrimonio, lo que hace suponer el mantenimiento de relaciones sexuales, la Corte, como lo hizo en otra ocasión, tendrá en cuenta ambos aspectos⁸.

Las demandas, entonces, permiten acotar el ámbito de la materia acerca de la cual va a decidir la Corte y, en consecuencia, para los efectos de esta sentencia, cuando se haga referencia a parejas del mismo sexo debe entenderse que se alude a parejas integradas por homosexuales, hombres o mujeres, conforme al significado etimológico de la palabra conformada por el elemento griego “homos” que significa semejante o igual, seguido por el término “sexual”, lo que no obsta para que si las transformaciones operadas en el ordenamiento jurídico llegan a conferirle, de manera precisa e inequívoca, más amplias connotaciones a la expresión “parejas del mismo sexo”, lo que aquí se considere respecto de los homosexuales pudiera entenderse también referido a los nuevos supuestos cobijados por el contenido ampliado de la aludida expresión.

3.2. La orientación sexual como criterio sospechoso de diferenciación

En cuanto hace al criterio que los demandantes tildan de sospechoso y que estaría en la base de la supuesta desprotección derivada del hecho de no poder contraer el matrimonio reservado a las parejas heterosexuales, en las demandas se hace continua mención de la orientación sexual que en los homosexuales es distinta, en cuanto centrada en individuos del mismo género.

Así, en la demanda D-8367 se lee que “las parejas lesbianas son discriminadas en razón a su orientación sexual”, que la personalidad no puede desarrollarse libremente si “la orientación sexual de la pareja” debe permanecer en la

⁷ Cfr. Sentencia C-481 de 1998.

⁸ *Ibidem*.

clandestinidad y que “la tradición legal y religiosa del país ha llevado a algunos a ocultar su orientación sexual”.

A su turno, en la demanda D-8376 aparece consignado que el déficit de protección “obedece a una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que es precisamente en el carácter homosexual de la pareja que se funda la imposibilidad de celebrar el contrato de matrimonio” y, más adelante, los demandantes apuntan que “no solamente su orientación sexual es fundamental para su proyecto de vida, sino que también el formar una familia hace parte del proyecto de vida de muchas personas que ostentan dicha orientación”.

Aun cuando el artículo 13 constitucional proscribiera la discriminación por razón de sexo, es indispensable precisar que el criterio de discriminación así enunciado se refiere, en su prístino sentido, a los tratamientos injustificados que se les da a las personas en razón del género al que pertenecen y que, por lo tanto, la prohibición de discriminación basada en el criterio de sexo hasta ahora no ha comprendido también a la orientación sexual, porque esta última es diferente, en la medida en que “no es lo mismo ser discriminado por ser de sexo diferente que por tener una orientación sexual distinta”⁹, pues no se trata de que solo a los hombres o solo a las mujeres “les haya estado tradicionalmente prohibido casarse con personas de su mismo sexo”, sino de que “los homosexuales no pueden casarse con la persona que desean”¹⁰.

Según se ha precisado, de conformidad con uno de los entendimientos empleados en la jurisprudencia de la Corte, la homosexualidad “hace referencia a aquellas personas que experimentan una atracción erótica, preferencial o exclusiva, hacia individuos del mismo sexo biológico” y, en tal sentido, “es un rasgo o un status de la persona que tiene que ver con la orientación y preferencia de sus deseos eróticos”¹¹, criterio que se ha consolidado en decisiones más recientes, en las que, por ejemplo, se ha reiterado que la diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto” o que la categoría “orientación sexual” constituye, entonces, “un criterio sospechoso de diferenciación”¹².

Coinciden, entonces, los planteamientos de los actores con los prolijados por la Corte y, en consecuencia, el criterio que ha de servir de pauta al análisis adelantado es el de la orientación sexual que, de conformidad con lo señalado, en la presente sentencia está referido a las personas homosexuales en la medida en que, según los demandantes, su orientación sexual, distinta de la

⁹ Cfr. MARIA MARTIN SANCHEZ, *Matrimonio homosexual y constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. Pág. 82.

¹⁰ Cfr. LUIS MARIA DIEZ-PICAZO, *Sistema...* Pág. 466.

¹¹ Cfr. Sentencia C-481 de 1998.

¹² Cfr. Sentencia C-075 de 2007.

correspondiente a las personas heterosexuales, les acarrea un trato diferente e injustificado en relación con el matrimonio al que no tienen acceso.

3.3. El derecho al matrimonio reclamado en las demandas

Ahora bien, el sentido del derecho al matrimonio que los demandantes reclaman a favor de los homosexuales para poner fin a la discriminación alegada, también debe ser precisado, ya que el argumento plasmado en las demandas no consiste en que a las personas homosexuales se les impida casarse, dado que “nunca ha estado prohibido que los homosexuales se casen, por supuesto con personas de distinto sexo”, por lo cual la imposibilidad de contraer matrimonio aducida en las demandas se refiere a que no se les permite casarse con personas del mismo sexo¹³.

Precisamente, en la demandada D-8367 se indica que algunos homosexuales se ven precisados a ocultar su orientación sexual y a “camuflarse como heterosexuales para gozar del derecho legal del contrato solemne del matrimonio civil”, aspecto este último que justifica una precisión adicional, porque, si bien el artículo 42 concede a los matrimonios religiosos los “efectos civiles en los términos que establezca la ley”, la discusión constitucional generada por los libelistas se desarrolla en torno del matrimonio civil y no compromete al matrimonio religioso o a las concepciones que sobre él tenga alguna confesión en especial, lo que, dicho sea de paso, libera la cuestión tratada de las connotaciones religiosas tan comunes en este tipo de casos, liberación que, además, encuentra apoyo en las discrepancias sostenidas sobre el particular entre distintas religiones o entre sectores de una misma confesión, como se ha hecho notar al destacar que, en razón de las diferencias entre creyentes, “resulta difícil presentar esta cuestión como un enfrentamiento entre religiosos y no religiosos”¹⁴.

4. Las acusaciones en contra de la expresión “un hombre y una mujer” del artículo 113 del Código Civil

Hechas las aclaraciones precedentes, procede la Corte a desarrollar el plan para analizar las demandas acumuladas en la presente causa y, conforme se ha hecho constar, en primer lugar, analizará las acusaciones esgrimidas en contra de la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil que se ocupa de definir el matrimonio y señalar sus finalidades, segmento normativo en cuya acusación, por lo demás, coinciden ambos libelos.

A fin de analizar los distintos -y en ocasiones divergentes- cargos formulados, interesa otorgarle prioridad a la interpretación del artículo 42 de la Constitución, pues los demandantes presentan distintas versiones acerca de su sentido y alcance y, a la vez, destacan la diferencia entre sus respectivas interpretaciones

¹³ Cfr. LUIS MARIA DIEZ-PICAZO, *Sistema...* Pág. 466.

¹⁴ Cfr. MARTHA C. NUSSBAUM, *Libertad de conciencia. En defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, Barcelona, Tusquets, 2009. Pág. 341.

y la prohijada por la Corte Constitucional, al punto de exigir un cambio o de plantear la existencia de una evolución en la jurisprudencia relativa a parejas del mismo sexo, que todavía no habría sido desarrollada en lo que tiene que ver con la familia y el derecho a contraer matrimonio.

Como quiera que el artículo 42 de la Carta es uno de los más importantes parámetros para la solución de las controversias planteadas, antes de estudiar las propuestas interpretativas de los demandantes, conviene analizar su tratamiento jurisprudencial, para que, después de que la Corte, como máximo intérprete de la Constitución, establezca su alcance, se pueda determinar si caben variaciones interpretativas de su contenido o si la evolución de la jurisprudencia efectivamente conduce a replantear su sentido y alcance.

4.1. El artículo 42 de la Constitución, la familia y el matrimonio

En pocos casos como en este la discusión generada alrededor de un artículo constitucional se desenvuelve en el ámbito de su comprensión literal, como aparece de manifiesto en las propias demandas en las cuales los actores consignan variadas lecturas del artículo 42 superior y, en particular, del primero de sus incisos, de acuerdo con cuyas voces, “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Especialmente en la demanda D-8376 se cuestiona la apelación a la historia del establecimiento de la comentada disposición y la tendencia a atribuirle su sentido y alcance a partir de las ponencias discutidas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente reunida en 1991, pues, con fundamento en un criterio que ya es usual en el derecho constitucional contemporáneo, se afirma que es difícil concretar el propósito de establecer la voluntad de un órgano de composición plural y heterogénea con el solitario apoyo de los textos suscritos por los ponentes y que sirvieron de base a las discusiones anteriores a la adopción de un texto, que no suele ser la expresión de una sola tendencia, sino el resultado del compromiso entre las distintas vertientes representadas en el seno de cuerpos colegiados.

El anterior argumento pone de relieve la importancia del texto, en cuanto producto de los procesos deliberativos conducentes a la creación del derecho y se inscribe dentro de la corriente actual denominada textualismo que, si bien enfrenta dificultades para ser aceptada como orientación general de la interpretación, en casos específicos como el ahora debatido presta una gran utilidad en la medida en que el meollo de la discusión se halla centrado en la literalidad del artículo 42 superior, sin tener en cuenta todavía el componente estrictamente gramatical en la interpretación de la preceptiva acusada.

En el sentido anotado se ha expuesto que hoy en día “las cuestiones jurídicas más complejas pueden a menudo ser descritas como problemas acerca del

significado de las palabras” y que el derecho escrito “consiste en una determinada fórmula de palabras aprobada” al punto que “el problema de interpretarla y aplicarla no es más que el problema semántico de poner en relación una fórmula de palabras con personas, objetos y eventos del mundo”, ya que un parlamento o cualquier cuerpo colegiado creador de derecho no es más que “un gran encuentro de individuos diversos que tienen el propósito de actuar colectivamente en nombre de toda la comunidad, pero que nunca pueden estar completamente seguros de qué es lo que finalmente han acordado en tanto que órgano colectivo, como no sea haciendo referencia a la formulación lingüística que tienen delante”¹⁵.

En este contexto, la historia del establecimiento de una determinada regulación ve notoriamente mermada su importancia y aun cuando tratándose del artículo 42 de la Carta, ocasionalmente aquella ha sido utilizada por esta Corporación para fijar su alcance¹⁶, lo cierto es que la interpretación literal del texto, sin referencia a sus antecedentes, ha tenido una notable relevancia en la jurisprudencia constitucional que de él se ha ocupado y también en las interpretaciones que, en desacuerdo con las tendencias mayoritarias, sustentan las opiniones de minoría consignadas en salvamentos y aclaraciones de voto.

De conformidad con esta aproximación, la Corte ha considerado que el artículo 42 de la Constitución establece una clara diferencia entre la familia, en relación con la cual al Estado se le encomiendan “precisos cometidos de preservación y protección”, orientados a garantizar su existencia y desarrollo, y el matrimonio “establecido como uno de los mecanismos aptos para el surgimiento de aquella”, cuya regulación legal debe “condicionarse, además de lo que en este aspecto prevé expresamente la Constitución, a la naturaleza y características que el ordenamiento superior asigna a la familia”¹⁷.

De la familia se ocupan algunas disposiciones constitucionales distintas del artículo 42 superior y, sin pretensiones de exhaustividad, cabe citar el artículo 5° de la Carta que, dentro del capítulo de los principios fundamentales, confía al Estado la misión de amparar “a la familia como institución básica de la sociedad”, el artículo 13 que proscribe la discriminación por razones de origen familiar, el artículo 15 que establece el derecho a la intimidad familiar, el artículo 28 sobre el derecho de todos a no ser molestados “en su persona o familia”, el artículo 33 que prohíbe obligar a declarar contra sí mismo o contra el cónyuge, compañero permanente “o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” y el artículo 44 que contempla el derecho de los niños a “tener una familia y no ser separados de ella”.

Mediante las previsiones citadas el ordenamiento reconoce una realidad social anterior a él mismo y al Estado, pues antes que fenómeno regulado por el

¹⁵ Cfr. JEREMY WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005. Pág. 34.

¹⁶ Cfr. Sentencia C-814 de 2001.

¹⁷ Cfr. Sentencia C-660 de 2000.

derecho, “la familia es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991”¹⁸ y, en cuanto tal, “antecede a la sociedad y al propio Estado que, precisamente, han sido instituidos para servir a su bienestar y para velar por su integridad, supervivencia y conservación”¹⁹.

No obstante estar sometida a un proceso de constante evolución primeramente verificado en la realidad de la que hace parte, la Corte ha definido la familia “en un sentido amplio”, como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”²⁰.

Como realidad “dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad”, la familia tiene, entonces, “un régimen constitucional, cuya piedra angular es el artículo 42, en concordancia con el artículo 5º”, régimen que busca hacer de ella “el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros” y, así mismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tiene derecho cada uno de sus integrantes, aspecto este donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones”²¹.

Los criterios jurisprudenciales transcritos conducen a efectuar una indagación acerca de los integrantes de la familia y con ese objetivo conviene señalar inicialmente que, según el artículo 42 superior, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos” y, así mismo, destacar el vínculo jurídico que le da origen, el cual, de conformidad con decantada jurisprudencia constitucional, es el matrimonio, “como el propio texto constitucional lo pone de manifiesto”²² al referirse a la “decisión libre” de contraerlo.

Tratándose del matrimonio, el artículo constitucional glosado encarga a la ley civil de fijar sus formas, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, mientras que el artículo 113 del Código Civil, anterior a la Carta de 1991, le confiere el carácter de contrato solemne e incluye como uno de sus requisitos la heterosexualidad de los contrayentes, al preceptuar que lo celebran “un hombre

¹⁸ Cfr. Sentencia C-289 de 2000.

¹⁹ Cfr. Sentencia C-271 de 2003.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cfr. Sentencia C-660 de 2000.

²² Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

y una mujer”, expresión esta última que es objeto de las demandas de inconstitucionalidad examinadas.

El matrimonio comporta, entonces, un vínculo formal que no se crea por la mera comunidad de vida surgida del pacto conyugal, sino de “la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges” que es la esencia del matrimonio, pues el consentimiento que expresan los contrayentes hace que “la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca”, de modo que “sin consentimiento no hay vínculo jurídico y el principio formal del mismo es el vínculo jurídico”²³.

Así las cosas, si el matrimonio da origen a una familia, es claro que los casados la conforman, aún sin que exista descendencia, por cuanto, “no son simplemente dos personas que viven juntas”, sino “más bien, personas jurídicamente vinculadas”²⁴ que, de acuerdo con el artículo 42 constitucional, establecen “relaciones familiares” basadas “en la igualdad de derechos y deberes de la pareja” y, además, “en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”.

Quienes tienen la calidad de cónyuges adquieren, por esa sola circunstancia, recíprocos derechos, cargas, deberes y obligaciones, en la medida en que son miembros de una relación familiar y los tienen en condiciones de igualdad entre ellos mismos como pareja, pero también “frente a la sociedad y al Estado”²⁵. En este sentido la Corte ha explicado que “la familia encuentra firmeza y solidez en la alianza que surge entre los esposos”, quienes, “en el seno de la familia” y en forma conjunta, “asumen el cumplimiento de las obligaciones y derechos correlativos que el orden natural y positivo les imponen”, bien sea, “por su condición de esposos” o por su calidad de padres, si llegan a serlo²⁶.

En el caso de los esposos, esas obligaciones y derechos se concretan en el *debitum* conyugal, la fidelidad, la convivencia, la asistencia y auxilio mutuo, la solidaridad y la tolerancia²⁷ y, a juicio de la Corte, “entre ellas, las más relevantes son las que se refieren a la comunidad de vida y a la fidelidad mutua”, habiéndose destacado adicionalmente que “algunas de las obligaciones derivadas de este vínculo jurídico comprometen a los cónyuges incluso después del divorcio, como las que conciernen a la obligación alimentaria a favor del cónyuge inocente”²⁸.

Ahora bien, aun cuando es cierto que en su configuración legal el matrimonio está concebido como un contrato, también lo es que las principales características de la familia a la que da lugar “impiden aplicar a esta modalidad de acuerdo de voluntades en sus diversas etapas, los mismos criterios que se aplican dentro del régimen general de los actos jurídicos y de los contratos en

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. Sentencia C-875 de 2005.

²⁶ Cfr. Sentencia C-271 de 2003.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

particular”, especialmente porque “los componentes afectivos y emocionales que comprende la relación matrimonial” impiden esa aplicación y, más allá de sus efectos patrimoniales, le confieren singulares caracteres que lo diferencian de cualquier otro acto convencional o acuerdo de voluntades²⁹.

Así pues, el matrimonio, “como uno de los actos constitutivos de la familia genera deberes en cabeza de los cónyuges”³⁰, también da lugar a derechos y, en todo caso constituye en familia a la pareja que, con esa finalidad, manifiesta libremente su consentimiento, lo que se torna todavía más patente en el caso del casamiento de personas ancianas cuya edad fértil ha pasado, de quienes contraen matrimonio *in articulo mortis* o a sabiendas de la infertilidad de alguno de los cónyuges o de ambos y de los casados que se proponen no tener hijos, lo que en nada afecta a sus derechos individuales o de pareja, tampoco los deberes u obligaciones que en razón del vínculo jurídico surgen entre ellos ni, por supuesto, la condición de familia fundada en el matrimonio, pues pensar en lo contrario implicaría una inaceptable e inconstitucional distinción entre unos matrimonios que tendrían la aptitud para originar una familia y otros que carecerían de esa aptitud. Así lo ha entendido el legislador que en el artículo 2º de la Ley 294 de 1996, dictada para “prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”, estableció que, para los efectos de esa regulación, junto a otros supuestos, la familia está integrada por “los cónyuges”.

Sin embargo, el carácter excepcional de las hipótesis comentadas en el párrafo precedente advierte suficientemente acerca de que, por lo general, “la alianza que surge entre los esposos (...) está llamada a prolongarse en los hijos que son a su vez la realización y el objetivo común de la institución familiar”³¹, de manera que a los cónyuges se suman, como integrantes de la familia, los descendientes habidos durante la vigencia del vínculo matrimonial y, como lo ha enfatizado la Corporación, en tal supuesto “el derecho a la familia no es una garantía que se predica solo respecto de los cónyuges”³², dado que “es también y fundamentalmente el derecho del niño a que realmente exista un hogar, un vínculo personal”³³.

La existencia de los hijos hace surgir derechos y también obligaciones correlativas entre ellos y los padres, primordialmente llamados a encargarse de la crianza, formación y educación de la prole, así como de proporcionarle el ambiente propicio para su adecuado desarrollo integral, debiéndose destacar que, en las condiciones de la ley, algunos derechos y deberes de los padres “respecto de los hijos comunes subsisten aun decretado el divorcio y el juez deberá otorgar la custodia atendiendo, únicamente, los intereses de los hijos, de conformidad con lo previsto en los artículos 44 y 45 de la Constitución Política”³⁴.

²⁹ Cfr. Sentencia C-660 de 2000.

³⁰ Cfr. Sentencia C-246 de 2002.

³¹ Cfr. Sentencia C-271 de 2003.

³² Cfr. Sentencia T-941 de 1999.

³³ Cfr. Sentencia T-715 de 1999.

³⁴ Cfr. Sentencia C-1495 de 2000.

Finalmente, es de interés puntualizar que, tanto la familia como el matrimonio, son derechos de carácter fundamental. Tratándose de la familia, la Corte ha precisado que es “una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones”, ya que “su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia”³⁵.

En este orden de ideas, es evidente que la persona tiene el derecho a conformar una familia y que su ámbito de protección comprende una faceta negativa, cual es el derecho a no constituir una nueva familia, aunque inevitablemente se pertenezca a alguna en condición distinta a la de esposo o padre y, a su turno, procede puntualizar que, tal como se ha visto, en los términos del artículo 44 superior, a los niños les asiste el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

En lo relativo al derecho fundamental al matrimonio igualmente juega un importante papel el derecho al libre desarrollo de la personalidad que se traduce en la existencia de una faceta positiva y de otra negativa, porque “es solo al hombre y a la mujer interesados en constituir esa nueva familia a quienes corresponde la determinación de contraer matrimonio o abstenerse de ello”³⁶, ya sea para optar por otra forma de constituir la familia o para mantenerse en estado célibe, evento en el cual, la principal significación práctica del derecho a no casarse “consiste en que el ordenamiento no puede anudar consecuencias negativas a la soltería”³⁷.

4.2. El matrimonio y la familia

Conforme se ha expuesto, del matrimonio surge una familia fundada en vínculos jurídicos, pero la unión matrimonial no agota el espectro de las relaciones familiares, pues “la Constitución reconoce y protege el matrimonio como una de las formas de conformar una familia”, de manera que la familia surgida del matrimonio es “una de las posibles formas familiares a la que pueden recurrir los colombianos”³⁸, dado que otras formas tienen origen en diferentes clases de vínculos, de entre los cuales el artículo 42 superior destaca los denominados “naturales”.

Hasta ahora la Corte ha destacado que, a diferencia de los jurídicos, los vínculos naturales hacen referencia a la decisión libre de conformar una familia que se traduce en la constitución de una unión de carácter extramatrimonial³⁹ que no

³⁵ Cfr. Sentencia C-875 de 2005.

³⁶ Cfr. Sentencia C-482 de 2003.

³⁷ Cfr. LUIS MARIA DIEZ-PICAZO, *Sistema...* Pág. 464.

³⁸ Cfr. Sentencia C-226 de 2002.

³⁹ Cfr. Sentencia C-310 de 2004.

tiene fundamento en el consentimiento expresado, sino “en el solo hecho de la convivencia” y en la cual “los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja”⁴⁰.

Este rasgo dado por la ausencia de la manifestación del consentimiento es la diferencia fundamental entre la unión de hecho y el matrimonio en el que, según se ha señalado, la expresión del consentimiento es elemento esencial. Sin embargo, los compañeros permanentes, como los cónyuges, dan origen a una familia, en ambos casos se supone la cohabitación entre el hombre y la mujer y, actualmente, en los dos supuestos, hay lugar a la conformación de un régimen de bienes comunes entre la pareja⁴¹.

Pese a estas coincidencias, la igualdad no es absoluta entre el matrimonio y la unión libre o unión marital de hecho, pues aunque esta tenga efectos económicos o patrimoniales⁴² y de otra índole, no es equiparable a la unión que surge entre los cónyuges y ello encuentra explicación, precisamente, en que, por virtud de la libre autodeterminación, se prefiere no celebrar el matrimonio y, por lo tanto, excluir la totalidad de su régimen jurídico, luego la relación entre compañeros permanentes no es idéntica a la que une a los esposos, ni cabe pretender que así sea, porque ello supondría “que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda este imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre”⁴³.

No obstante lo anterior, la familia que surge de la unión libre también es merecedora de protección constitucional y la Constitución la pone en un plano de igualdad con la que tiene su origen en el matrimonio, porque el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, “independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales” y, por lo mismo, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, “sin tener en cuenta el origen de la misma familia”, salvo que, según se acaba de ver, “la igualdad está referida a los derechos y obligaciones”, motivo por el cual, aunque “no implica identidad”⁴⁴, el legislador “no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente”⁴⁵.

La comunidad de vida permanente y singular que desarrollan los compañeros también puede dar lugar a la descendencia y, en tal eventualidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Carta, “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él tienen iguales derechos y deberes”. La Corte estima de importancia precisar que el derecho a la igualdad admite diferentes grados

⁴⁰ Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. Sentencia C-098 de 1996.

⁴³ Cfr. Sentencia C-239 de 1994.

⁴⁴ Cfr. Sentencia C-105 de 1994.

⁴⁵ Cfr. Sentencia C-1033 de 2002.

tratándose de los compañeros permanentes y de los hijos fruto de la unión marital de hecho.

En efecto, la pareja que conforman los compañeros permanentes tiene respecto de los cónyuges una igualdad en derechos y obligaciones que no implica identidad total entre la unión marital de hecho y el matrimonio, porque la predicada igualdad “no debe entenderse como una absoluta equiparación o equivalencia entre el matrimonio y la unión marital de hecho, pues existen en su formación diferencias irreconciliables que objetiva y razonablemente permiten conferir un tratamiento desigual”⁴⁶, lo que genera un espacio para la existencia de estatutos dispares que, en ciertos aspectos, contemplen tratamientos diversos y justificados.

Sin embargo, tratándose de los hijos, no procede aplicar el mismo régimen al que están sometidas las relaciones de pareja, ya que en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos, “no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial”, igualdad absoluta que no existe “en la protección de las diferentes uniones convivenciales”⁴⁷.

En este sentido la Corte ha explicado que “el derecho de los niños a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política”⁴⁸, habida cuenta de que “el primer espacio al cual el infante tiene derecho a pertenecer es su núcleo familiar, en el cual ha de encontrar las condiciones personales y afectivas más adecuadas para que su proceso de educación moral y formación ciudadana sea llevado a cabo cabalmente”⁴⁹.

La familia, como “medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”⁵⁰, es el escenario en donde se cumple “el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales”, mediante manifestaciones de recíproco afecto, trato continuo y comunicación permanente, “que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre”⁵¹.

Con fundamento en los anteriores criterios la Corte ha planteado que el ámbito “natural de desarrollo del menor es la familia”⁵², como se desprende del artículo 44 superior, según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia”, lo que no obedece a un privilegio, sino al simple reconocimiento de que los niños están llamados a pertenecer a una

⁴⁶ Cfr. Sentencia C-875 de 2005.

⁴⁷ Cfr. GRACIELA MEDINA, *Los homosexuales y...* Pág. 261.

⁴⁸ Cfr. Sentencia T-292 de 2004.

⁴⁹ Cfr. Sentencia C-857 de 2008.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. Sentencia T-290 de 1993.

⁵² Cfr. Sentencia T-293 de 2009.

determinada familia⁵³, “cualquiera que sea la configuración del grupo familiar”⁵⁴ y “solo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes”⁵⁵ y únicamente ante determinadas situaciones de riesgo puestas de presente por quien las alega, que es, además, el llamado a probarlas⁵⁶.

En la propia jurisprudencia constitucional se ha indicado que en el caso de los niños físicamente entregados en adopción la familia biológica cede su prioridad, puesto que es altamente probable que con los familiares adoptivos se establezcan vínculos de afecto y dependencia cuya alteración incidiría negativamente sobre la estabilidad del menor”, por lo que la adopción adquiere carácter irrevocable “una vez se ha consolidado el proceso respectivo”⁵⁷.

En la adopción tiene origen un especial tipo de familia al cual el constituyente expresamente le otorgó reconocimiento jurídico, ubicando en pie de igualdad a la familia que se constituye a partir del matrimonio y la unión libre entre compañeros permanentes, “por lo cual rechazó las diferencias de trato fundadas en el origen familiar”⁵⁸. La adopción consiste en “prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por los lazos de la sangre”⁵⁹ y su finalidad “no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta”⁶⁰.

La adopción tiene, entonces, “una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo”, en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que “establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral”⁶¹.

El artículo 42 de la Carta establece que los hijos adoptados “tienen iguales derechos y deberes” y la Corte ha acotado que, en atención a las formas de fundar la familia “los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o

⁵³ Cfr. Sentencia T-510 de 2003.

⁵⁴ Cfr. Sentencia T-887 de 2009.

⁵⁵ Cfr. Sentencia T-510 de 2003.

⁵⁶ Cfr. Sentencia T-887 de 2009.

⁵⁷ Cfr. Sentencia T-510 de 2003.

⁵⁸ Cfr. Sentencia C-1287 de 2001.

⁵⁹ Cfr. Sentencia C-831 de 2006.

⁶⁰ Cfr. Sentencia C-477 de 1999.

⁶¹ *Ibidem*.

adoptivos”, entre los cuales, por disponerlo así la Constitución, no puede haber diferencias de trato⁶².

Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza”⁶³.

A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres⁶⁴, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador, que ha establecido medidas de acción positiva favorables a la madre, precisamente por “el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano”, medidas que la Corte ha extendido “al hombre que se encuentre en una situación de hecho igual”, no “por existir una presunta discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos”⁶⁵.

También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas “familias ensambladas”, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”, siendo todavía objeto de disputa doctrinaria lo concerniente a su conformación, susceptible de generar diversas modalidades que no es del caso estudiar aquí⁶⁶.

A modo de conclusión conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes

⁶² Cfr. Sentencia C-310 de 2004.

⁶³ Cfr. Sentencia T-292 de 2004 e igualmente se puede consultar la Sentencia T-459 de 1997.

⁶⁴ Sobre el tema consúltese a CECILIA GROSMAN (dirección) y MARISA HERRERA (compilación), *Familia Monoparental*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008.

⁶⁵ Cfr. Sentencia C-989 de 2006. También puede verse la Sentencia C-722 de 2004.

⁶⁶ A este propósito cabe consultar a CECILIA P. GROSMAN e IRENE MARTINEZ ALCORTA, *Familias ensambladas*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000. Pág. 35.

cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”⁶⁷.

Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”⁶⁸.

4.3. Síntesis de las precedentes consideraciones

Ahora bien, en lo que se ha discurrido hasta aquí se ha puesto de relieve una faceta de la familia profundamente arraigada en la idea de derechos, al punto de considerar que tanto su conformación, como la manera de dar lugar a ella necesariamente constituyen ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad que favorece la autodeterminación de la persona, que la familia es titular de derechos y señaladamente del de la intimidad y que, en sí misma, constituye un derecho de la pareja y, especialmente, de los niños tener una y a no ser separados de ella.

Empero, la faceta correspondiente a los derechos parece estar complementada por otra, ya insinuada en los párrafos precedentes y ahora explicitada, cuyo fundamento está en el artículo 5º de la Constitución que concibe la familia “como institución básica de la sociedad”, idea replicada en el artículo 42 superior al preceptuar que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

Significa lo anterior que el innegable componente de derechos ligado a la familia está lejos de justificar su concepción como algo absolutamente privado o totalmente desvinculado de lo público⁶⁹, pues el hecho de que sea una institución introduce un elemento adicional conducente a la sanción estatal, índole institucional demostrada, además, por su condición sociológica anterior al surgimiento del Estado y por el consiguiente reconocimiento constitucional que, en palabras de la Corte, “le otorga a la institución familiar el carácter de piedra angular dentro de la organización política estatal, rescatando el criterio universal que la reconoce como elemento primordial de la sociedad y elevando

⁶⁷ Cfr. Sentencia T-049 de 1999.

⁶⁸ Cfr. Sentencia T-572 de 2009.

⁶⁹ Sobre las teorías que propugnan el no reconocimiento estatal de instituciones como el matrimonio puede consultarse a MICHEL J. SANDEL, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Bogotá, Debate, 2011. Pág. 289.

a canon constitucional mandatos básicos de preservación, respeto y amparo que tienden a garantizar su existencia y pleno desarrollo, algunos de los cuales ya aparecían anunciados en leyes civiles o venían siendo objeto de análisis por la doctrina especializada y por la jurisprudencia nacional”⁷⁰.

Conforme lo ha sostenido la Corte, “la familia es la primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social”, ya que “es la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desórdenes que allí tengan origen”⁷¹.

En concordancia con lo anterior, su carácter institucional se traduce en una primera consecuencia, cual es un mandato de “protección integral” que, conforme al artículo 42 superior, cobija a la sociedad y al Estado, habiéndose sostenido en la jurisprudencia constitucional que, la familia “es destinataria de acciones especiales provenientes de la sociedad y del Estado dirigidas a su protección, fortalecimiento y prevalencia como actor social”⁷² y que, “sin importar cuál de las formas ha sido escogida para fundar la familia, ella, en cualquier evento, es vista como el núcleo fundamental de la sociedad por lo cual siempre merece la protección del Estado”⁷³.

En los términos del mismo artículo 42 esa protección se traduce, por ejemplo, en la determinación “del patrimonio familiar inalienable e inembargable”, en el cuidado dirigido a conservar “su armonía y unidad”, en la consecuente proscripción “de cualquier forma de violencia” por considerarla destructiva de esa armonía y de esa unidad, en la reglamentación de la progenitura responsable y en la ya comentada igualdad de derechos y deberes de los hijos “habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”.

Al comentar las anteriores previsiones, la Corte ha indicado que, siendo la familia “el núcleo fundamental de la sociedad, los distintos Estados han advertido la necesidad de dotarla de un sustrato material que le permitiera satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarrollarse sin traumatismos” y, de igual modo, “han advertido la necesidad de brindarle una protección jurídica preferente”, una de cuyas formas es el amparo de su patrimonio, mientras que otras consisten en el establecimiento de “la igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, en la consideración especial de los niños “como titulares de derechos fundamentales” o en el suministro de “especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad”⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. Sentencia C-271 de 2003.

⁷¹ Cfr. Sentencia T-278 de 1994.

⁷² Cfr. Sentencia T-182 de 1999.

⁷³ Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

⁷⁴ Cfr. Sentencia C-560 de 2002.

El carácter institucional de la familia y la protección que, en razón de él, se le dispensa tienen manifestación adicional en la regulación que el Constituyente confió de manera primordial a la ley, encargada, por ejemplo, de desarrollar lo concerniente a la primogenitura responsable y, en lo atinente al matrimonio, de establecer sus formas, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, puesto que “aun cuando el texto superior le confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia, no por ello deja a su total arbitrio la consolidación de la misma, pues en todo caso somete su constitución a determinadas condiciones, a fin de otorgarle reconocimiento, validez y oponibilidad a la unión familiar”⁷⁵.

En los anotados términos la familia, fuera de ser derecho, es una garantía esencial, como lo ha hecho ver la jurisprudencia respecto de los niños, al señalar que “el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”⁷⁶ y del mismo modo lo ha destacado el Tribunal Constitucional Federal alemán al indicar que en una misma figura jurídica pueden concurrir los caracteres de derecho fundamental, garantía institucional y norma fundamental configuradora de valores⁷⁷.

Así pues, los precisos cometidos estatales “de preservación y de protección que se orientan a garantizar la existencia y el desarrollo de esta institución como básica de la sociedad”⁷⁸, no pueden plantearse al margen de que la familia, “además de constituir el núcleo fundamental de la sociedad, hace parte estructural de la libertad personal del ser humano”⁷⁹.

En esas condiciones, si bien existe un ámbito para la regulación estatal, también hay límites que la ley debe observar y, aunque la protección derivada del carácter institucional en ocasiones amerita la intervención estatal en las relaciones familiares, no cabe perder de vista que esa intervención requiere de razones poderosas que la justifiquen⁸⁰ y que debe ser ejercida razonablemente y “no bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, independiente de las circunstancias, sino fundada en la realidad”, pues, por ejemplo, tratándose de los menores “solo tiene cabida en cuanto se requiera su actividad y en búsqueda de mejores condiciones que las actuales”⁸¹, a más de lo cual el Estado “cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen

⁷⁵ Cfr. Sentencia C-875 de 2005.

⁷⁶ Cfr. Sentencia T-587 de 1998.

⁷⁷ Cfr. BENITO ALAEZ CORRAL y LEONARDO ALVAREZ ALVAREZ, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Págs. 1102 y ss.

⁷⁸ Cfr. Sentencia C-152 de 2002.

⁷⁹ Cfr. Sentencia T-816 de 2002.

⁸⁰ Cfr. Sentencia T-292 de 2004.

⁸¹ Cfr. Sentencia T-049 de 1999.

o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena”⁸².

4.4. Las parejas conformadas por personas homosexuales y la familia

Los demandantes pretenden que a las parejas conformadas por personas del mismo sexo les sea reconocido el derecho a contraer matrimonio y, con esa finalidad, atacan, en primer lugar, la expresión “un hombre y una mujer”, perteneciente al artículo 113 del Código Civil que, mediante la citada frase, establece como requisito del matrimonio la heterosexualidad de los contrayentes.

Sin embargo, antes de adelantar consideraciones relativas al punto, procede determinar si hay o no una relación entre la existencia de parejas homosexuales y la familia, dada la diversidad de los vínculos familiares y la evidente diferencia entre familia y matrimonio que ha sido puesta de manifiesto más arriba e inclusive por los demandantes en la presente causa.

Así, en la demanda D-8367 el actor afirma que la redacción del artículo 42 de la Carta “determina varias formas de reconocimiento del núcleo básico de la sociedad conocido como familia”, dado que esta puede constituirse por vínculos jurídicos o naturales, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla”, de manera que no necesariamente la familia “inicia por el vínculo entre un hombre y una mujer”, porque un texto indeterminado, como el que se cita, permite concluir que “tanto un hombre con vínculos con otro hombre, o una mujer con vínculos con otra mujer (parejas homosexuales) están habilitadas constitucionalmente para ser reconocidas, por la legislación civil, como familia”.

Por su parte, los actores en la demanda D-8376 aducen una evolución de la jurisprudencia constitucional y al efecto citan la Sentencia C-811 de 2007, en la cual se entendió que el régimen de cobertura familiar del plan obligatorio de salud correspondiente al régimen contributivo también es aplicable a las parejas del mismo sexo y, particularmente, destacan que, a propósito de un precepto referente a la protección de la familia, se haya concluido que no era necesario excluir a las parejas del mismo sexo, porque el otorgamiento de la cobertura a las parejas homosexuales “en nada reduciría la protección acordada a las familias y parejas heterosexuales”.

Agregan que, a la luz del ordenamiento superior, las parejas integradas por homosexuales tienen una necesidad de protección idéntica a la otorgada a las parejas heterosexuales y que ambas clases de parejas son “asimilables”, por lo cual “la diferencia fundada en que solo la pareja heterosexual puede constituir una familia, no puede servir de base para negar *prima facie* el carácter asimilable de estos dos tipos de pareja respecto al contrato de matrimonio” y

⁸² Cfr. Sentencia T-278 de 1994.

que tampoco la adscripción a la noción de familia puede justificar, *per se*, el trato diferente.

Con posterioridad, indican que la Corte ha reconocido distintos tipos de familia diferentes al formado por una pareja monogámica y heterosexual, como sucede con las familias monoparentales o con la de crianza y que, por este motivo, pensar que la familia heterosexual es la única reconocida constitucionalmente es contrario al texto constitucional y a “la realidad social y cultural del país”, e invitan a “evaluar si la protección especial de la familia que establece la Constitución opera únicamente para las familias constituidas por una pareja heterosexual”, así como a reconocer que la heterosexual y monogámica no es la única familia que goza de reconocimiento constitucional, porque no se justifica dejar sin protección “a las familias conformadas por personas del mismo sexo” y negar a la unión homosexual el carácter de familia.

Para dilucidar si la relación existente entre la unión homosexual y la familia, como presupuesto del reconocimiento del matrimonio a parejas del mismo sexo, es la indicada por los actores, resulta indispensable hacer una breve referencia a la jurisprudencia que la Corte ha adoptado sobre la cuestión.

4.4.1. El concepto de familia protegida en la jurisprudencia constitucional

Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional relativa al concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 superior y, en lo que hace al matrimonio, se ha sostenido que “el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen a la celebración del contrato”, una de las cuales “directamente derivada del texto constitucional es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica”⁸³.

El requisito de heterosexualidad y el carácter monogámico de la unión también presiden la conceptualización de la denominada familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento que es esencial en el matrimonio. Claramente la Corte ha señalado que la “unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser protegida, “pues ella da origen a la institución familiar” y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una “unión libre de hombre y mujer”⁸⁴.

Con apoyo en los anteriores criterios, reiteradamente la Corporación ha afirmado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”⁸⁵, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión

⁸³ Cfr. Sentencia C-659 de 1997.

⁸⁴ Cfr. Sentencia C-098 de 1996.

⁸⁵ Cfr. Sentencia C-595 de 1996.

marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges”⁸⁶.

La interpretación textual del artículo 42 de la Carta indica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda “en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, en tanto que la familia natural se constituye “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde se desprende que “la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual”⁸⁷.

La consecuencia inevitable de la anterior conclusión consiste en que, si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, “no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales”⁸⁸.

Así las cosas, conviene ahora aludir a la protección que a las personas homosexuales se les ha brindado en la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de establecer cuál ha sido su desarrollo, qué efectos ha proyectado ese desenvolvimiento y si, en materia de derecho de familia, la evolución ha tenido consecuencias distintas de las acabadas de reseñar.

4.4.2. Los homosexuales en la jurisprudencia de la Corte

Acerca de este punto procede mencionar que en la jurisprudencia de la Corte se advierte, ante todo, una consideración referente a la persona individual del homosexual. A fin de evitar el recuento de las transformaciones legales que en sucesivos pasos condujeron, por ejemplo, a la descriminalización de la homosexualidad, la Sala considera suficiente realizar el análisis desde la perspectiva constitucional recogida en distintas sentencias proferidas por la Corporación y al respecto reitera que desde el punto de vista eminentemente personal se ha estimado que “la conducta y el comportamiento homosexuales tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas”⁸⁹.

A juicio de la Corte, del núcleo esencial de los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo, respectivamente contemplados en los artículos 14 y 16 de la Carta, forma parte la autodeterminación sexual que comprende “el proceso de

⁸⁶ Cfr. Sentencia C-821 de 2005.

⁸⁷ Cfr. Sentencia C-814 de 2001.

⁸⁸ Cfr. Sentencia T-725 de 2004.

⁸⁹ Cfr. Sentencia C-098 de 1996.

autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad”, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, “que no causa daño a terceros” y que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el artículo 2º superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia⁹⁰.

Pero también la jurisprudencia se ha aproximado a la homosexualidad desde la perspectiva del grupo situado en posición minoritaria y, además, sometido, en su condición de colectivo, a prejuicios fóbicos y a “falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales”⁹¹.

De conformidad con esta aproximación se ha enfatizado que, aun cuando “la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual”, le está vedado a la ley “prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo”, porque el derecho fundamental a la libre opción sexual impide “imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria”, ya que el campo sobre el cual recaen las decisiones políticas del Estado no puede ser aquel “en el que los miembros de la comunidad no están obligados a coincidir como ocurre con la materia sexual, salvo que se quiera edificar la razón mayoritaria sobre el injustificado e ilegítimo recorte de la personalidad, libertad, autonomía e intimidad de algunos de sus miembros”⁹².

En esta dirección se ha concluido que el principio democrático no puede avalar “un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría” y que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría”⁹³.

Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, “puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”⁹⁴, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”⁹⁵.

4.4.2.1. La pareja conformada por personas homosexuales en la jurisprudencia constitucional

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Cfr. Sentencia C-075 de 2007.

⁹⁵ Cfr. Sentencia T-911 de 2009.

Desde luego las perspectivas de análisis reseñadas no son excluyentes, pero a propósito del examen adelantado, de inmediato interesa destacar lo concerniente a la pareja homosexual y el reconocimiento de la Corte en el sentido de que, si bien ha habido conciencia de los derechos que como individuos les corresponden a los homosexuales, al mismo tiempo se les priva “de instrumentos que les permitan desarrollarse como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida”. De este modo, la efectividad de la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual “se aprecia en la protección de los individuos, pero “no se ha manifestado en el ámbito de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, las cuales carecen de reconocimiento jurídico”⁹⁶.

A partir de esta manifestación, la Corte Constitucional postuló la existencia de un déficit de protección y, en el ámbito permitido por sus competencias, ha avanzado hacia su superación, bajo la advertencia de que “no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras”⁹⁷.

Así pues, sin perjuicio de las atribuciones correspondientes al legislador, cuando es posible la solución judicial de los eventuales problemas de igualdad se requiere que, “en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria”, para que se lleve a cabo el juicio de constitucionalidad conducente al “escrutinio estricto” que tiene lugar respecto de “toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas”, ya sea individualmente consideradas o “en el ámbito de sus relaciones de pareja”⁹⁸.

4.4.2.2. Las principales sentencias relativas a la protección de las parejas homosexuales

En atención a los anteriores criterios, en determinados supuestos la Corte ha pasado de negar a conceder la protección a las parejas conformadas por homosexuales. Así por ejemplo, en un principio estimó conforme con los derechos a la salud y a la igualdad que se negara la afiliación, en calidad de beneficiario del sistema de seguridad social en salud, al compañero del mismo sexo de una persona afiliada al régimen contributivo⁹⁹, pero especialmente a partir de la citada Sentencia C-075 de 2007 algunas pretensiones negadas con anterioridad les han sido protegidas a las parejas de homosexuales.

⁹⁶ Cfr. Sentencia C-075 de 2007.

⁹⁷ Cfr. Sentencia C-029 de 2009.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Cfr. Sentencia SU-623 de 2001.

En la mencionada sentencia la Corporación resolvió declarar exequible la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”, dado que “es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección, exclusivamente para las parejas heterosexuales”.

En la Sentencia C-811 de 2007 la Corte se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, referente a la vinculación al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo y, tras estimar que se configuraba un déficit de protección, porque “la pareja homosexual no tiene derecho, en cuanto a pareja a recibir los beneficios del régimen contributivo del sistema general de salud, por cuanto la disposición limita el alcance de la misma al ámbito familiar”, lo que significa “que un individuo afiliado en calidad de cotizante al régimen contributivo, no puede vincular a su pareja homosexual en calidad de beneficiaria”, decidió declararlo exequible “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo”, ya que “el perjuicio que se deriva de la exclusión de la pareja homosexual de la cobertura del régimen de seguridad social en salud es de mayor gravedad que el que generaba la exclusión de la pareja homosexual de las normas sobre régimen patrimonial”.

Procede agregar a este recuento que mediante Sentencia C-336 de 2008 la Corporación declaró la exequibilidad de algunas expresiones que se refieren a “la compañera o compañero permanente” o al “cónyuge o la compañera o compañero permanente”, contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en la forma como fueron modificados por la Ley 797 de 2003, “en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”, es decir, acudiendo “ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes”.

La Corte consideró que la imposibilidad del homosexual para acceder a la pensión de sobreviviente “de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja”.

La Sentencia C-798 de 2008 da cuenta del examen de constitucionalidad del párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, de acuerdo con cuyo tenor,

tratándose del delito de inasistencia alimentaria, “para los efectos de este artículo se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990”. La Corte resolvió declarar inexecutable la expresión “únicamente” y executable el resto de la disposición, “en el entendido que las expresiones ‘compañero’ y ‘compañera permanente’ comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo, pues el tratamiento diferenciado representa “un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria”.

La Sentencia C-029 de 2009 contiene el estudio de la constitucionalidad de un enorme y variado conjunto de disposiciones referentes a distintas clases de medidas protectoras para familiares cercanos y, en buena parte de los casos examinados, la Corporación decidió declarar la executibilidad de las expresiones demandadas relativas al cónyuge y las más de las veces al compañero o compañera permanente, “en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo”, como resultado de un escrutinio estricto y a fin de paliar el déficit de protección y de poner término a una discriminación basada en la orientación sexual, tenida por categoría sospechosa.

Finalmente, resulta de importancia mencionar que, por Sentencia C-283 de 2011, la Corte resolvió declarar la executibilidad de los artículos 16-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo, basándose para ello en la igualdad de trato entre los cónyuges y los compañeros permanentes, así como en la extensión a las parejas del mismo sexo del régimen jurídico reconocido por el legislador y la jurisprudencia constitucional a las uniones de hecho, particularmente desde la Sentencia C-075 de 2007.

4.4.2.3. Síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre parejas del mismo sexo

Del repaso jurisprudencial que se acaba de efectuar cabe extraer varias conclusiones. En primer lugar, se nota que la protección a las parejas del mismo sexo principalmente se brinda a partir de beneficios específicos previamente reconocidos en la ley a las parejas heterosexuales vinculadas en razón de la denominada unión marital de hecho y que esta tendencia general se mantiene cuando los titulares originales del beneficio o prestación son los cónyuges, pues inicialmente se extiende el ámbito de los favorecidos para incluir a la pareja que conforma la unión de hecho y, sobre esa base, se produce una extensión posterior que cubre a las parejas homosexuales, por hallarse en situación que la Corte juzga asimilable.

Repárese en que la extensión del régimen patrimonial entre compañeros permanentes a las parejas integradas por personas del mismo sexo justamente está precedida del establecimiento de ese régimen legal a favor de los convivientes en unión marital de hecho, cuyo propósito inicial fue procurar la protección de la mujer y de la familia, para que las medidas protectoras no quedaran limitadas a los unidos mediante el vínculo matrimonial y comprendieran también a la unión marital de hecho.

Así mismo, la ampliación del marco de protección referente al delito de inasistencia alimentaria para que incluya a las parejas del mismo sexo registra como antecedente, explicitado en la correspondiente decisión, el reconocimiento de que, al prever la obligación alimentaria únicamente para los cónyuges, se discriminaba a las parejas no casadas y que, por lo tanto, debía entenderse que el artículo 411-1 del Código Civil era exequible, siempre y cuando se entendiera que resultaba aplicable a “los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho”¹⁰⁰ e igualmente cabe observar que la extensión del derecho a la porción conyugal a las parejas del mismo sexo aparece acompañada de la decisión previa y en idéntico sentido que favorece al compañero o a la compañera permanente.

En segundo término la Corte advierte que la protección a las parejas compuestas por personas homosexuales tiene en las providencias reseñadas un evidente y predominante contenido patrimonial que ya se percibe en la Sentencia C-075 de 2007, en la cual la Corporación consignó que estas parejas “plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual”, que la necesidad de reconocimiento jurídico de la pareja homosexual en esa oportunidad se manifestaba “en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre los integrantes” y que la falta de reconocimiento atentaba contra la dignidad de los integrantes de la pareja, lesionaba su autonomía y capacidad de autodeterminación “al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida produzca efectos jurídicos patrimoniales”.

Similar contenido patrimonial se advierte en lo atinente a la porción conyugal o a la pensión de sobrevivientes y procede admitir lo propio respecto de la obligación alimentaria que, conforme lo anotó la Corte, “hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho” y, por lo mismo, “debe estar regulada, al menos en principio, de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales o de las parejas heterosexuales”, habida cuenta de que los compañeros permanentes “pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual” y de que “el dato sobre la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja y por consiguiente no puede ser utilizado, al menos en principio y salvo alguna poderosa razón fundada en objetivos constitucionales imperativos, para diferenciarla”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Véanse las sentencias C-798 de 2008 y C-1033 de 2002.

¹⁰¹ Cfr. Sentencia C-798 de 2008.

En tercer y último lugar, la Corte observa que en las sentencias reseñadas no se estima indispensable abordar el concepto constitucional de familia protegida y la protección se brinda en nombre de la realización de un proyecto de vida como pareja, mientras que en otras decisiones, o aun en apartes diferentes de una misma providencia, parece explícita la invocación del criterio de conformidad con el cual la familia protegida es la heterosexual y monogámica y existe una diferencia “entre el concepto constitucional de familia y el de una relación homosexual permanente”¹⁰², pues la concepción de la familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia¹⁰³.

Así, en la sentencia C-075 de 2007 el análisis aparece enfocado hacia los aspectos patrimoniales de la pareja conformada por personas del mismo sexo y se decide adoptar la medida protectora sin hacer mención del concepto de familia merecedora de la protección constitucional, mención que tampoco aparece en las Sentencias C-811 de 2007, C-336 de 2008 y C-798 de 2008, en las que se hace referencia a la orientación sexual en cuanto criterio sospechoso, a la discriminación lesiva de derechos tales como el libre desarrollo de la personalidad o la igualdad, al carácter estricto del juicio de constitucionalidad adelantado y a la exigencia constitucional de ofrecer a las parejas homosexuales, en los casos específicos, la misma protección dispuesta para las uniones de hecho heterosexuales, por haber sido concebido así desde la expedición de la Sentencia C-075 de 2007.

En la sentencia C-029 de 2009 la Corte, de un lado, consideró que aparecían demandadas expresiones como “familia”, “familiar” o “grupo familiar”, pero que los actores no habían presentado “cargos específicamente orientados a cuestionar el concepto de familia previsto en la ley, ni el alcance que el mismo tiene de acuerdo con la jurisprudencia”, motivo por el cual se declaró inhibida, mientras que, de otra parte, reiteró que hay diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, ya que, conforme se expuso, no toda diferencia de trato entre esos tipos de pareja puede tenerse como discriminatoria ni considerarse basada en la orientación sexual, a lo cual añadió que “en particular, el mandato de protección integral de la familia y la definición de esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, pueden dar lugar a previsiones legislativas que atienden a esa particular realidad y que, en la medida en que, como respuesta a un imperativo constitucional, se orienten a la protección de ese núcleo fundamental de la sociedad, no pueden considerarse como discriminatorias por no incluir en ellas situaciones que no encajan en el concepto constitucional de familia”.

A renglón seguido se reiteró que, “de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus

¹⁰² Cfr. Sentencia SU-623 de 2001.

¹⁰³ Cfr. Sentencia C-814 de 2001.

integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales”, protección que, de manera principal, se brinda en lo referente a la diferencia de trato ante situaciones asimilables, capaz de “plantear problemas de igualdad” y de configurar un déficit de protección generado en “la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales”, a todo lo cual subyace la ratificación del concepto de familia heterosexual y monogámica como única protegida y la consecuente distinción entre la familia y la pareja homosexual, solo protegida en cuanto implica un proyecto de vida en común.

En cualquier caso, sea que no se considere indispensable el tratamiento del concepto de familia constitucionalmente protegida o que se haga eco de la protección limitada a la familia heterosexual y monogámica, en esta ocasión la Corte advierte que el referido concepto no ha sido parte fundamental de las distintas decisiones que, más que en los aspectos institucionales, hacen hincapié en las situaciones puntuales abordadas y en el componente de derechos fundamentales ligado a esta clase de uniones, porque no de otro modo se explican las recurrentes apelaciones al déficit de protección, a la orientación sexual como criterio sospechoso, al principio de igualdad, al libre desarrollo de la personalidad o a los derechos a la seguridad social, a la salud y a disfrutar de una pensión de sobrevivientes.

Lo anterior se encuentra corroborado en la aclaración de voto formulada por la Magistrada Catalina Botero Marino a la Sentencia C-811 de 2007, aclaración en la cual se lee que, aun cuando comparte la decisión de extender “los beneficios de seguridad social de que trata el artículo 163 de la ley 100 de 1993 a las parejas del mismo sexo”, aclara el voto “para hablar de un tema que parece resistirse a ser asumido por la Corte con la franqueza democrática que demanda: la naturaleza de la familia en el régimen constitucional colombiano”, lo que también advirtió en la Sentencia C-075 de 2007, sin desconocimiento de sus bondades.

En el contexto hasta aquí trazado, vano resulta entonces buscar una definición explícita e indubitable de la relación entre la pareja homosexual y la familia, distinta de la que comporta el reconocimiento de la familia heterosexual y monogámica como única expresión de la institución familiar, pues el lugar y la oportunidad apropiados para desarrollar la cuestión estaba constituido, precisamente, por las sentencias en las cuales se abordó el déficit de protección al que, en variados aspectos, están sometidas las parejas del mismo sexo y, sin embargo, la Corporación no encontró necesario tratar el asunto o no lo hizo objeto principal de su análisis, de donde resulta que tampoco es apropiado indagar en decisiones anteriores o coetáneas dedicadas a otras materias y en las que, por lo tanto, no era imperioso establecer la relación entre las parejas del mismo sexo y el concepto de familia constitucionalmente protegida, asunto que, en consecuencia, debe ser examinado en esta oportunidad.

4.4.3. La relación entre la pareja homosexual y el concepto de familia

El aspecto inicial del análisis propuesto radica en que subsiste la consideración de la familia heterosexual y monogámica como única modalidad pasible de protección constitucional y en que así lo han puesto de presente los demandantes, quienes llaman la atención acerca de la existencia de otros tipos de familia que han sido objeto de protección y, en concordancia con este planteamiento, estiman que las parejas integradas por personas del mismo sexo también deben ser consideradas como familia, dada su actual exclusión de ese concepto.

Ya en esta providencia, y mediante argumentos que no viene el caso reproducir ahora, se ha hecho alusión a diversas clases de familia distintas de la heterosexual y monogámica y como resultado de ese análisis procede destacar la situación paradójica que se presenta cuando el alcance de un texto, como el contenido en el primer inciso del artículo 42 superior, se fija con base en una interpretación literal y la materia regulada es esencialmente variable, propensa a ser influida por circunstancias sociales cambiantes que se traducen en la rápida evolución de las percepciones, cuya incidencia se proyecta no solo en los grandes movimientos de las concepciones colectivas, sino también en la vida cotidiana de personas concretas.

La doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez”, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares”¹⁰⁴.

A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que “en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”, de manera que “la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. CECILIA GROSMAN (dirección) y MARISA HERRERA (compilación), *Familia Monoparental...* Pág. 25.

¹⁰⁵ Cfr. Sentencia T-900 de 2006.

El “carácter maleable de la familia”¹⁰⁶ se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”¹⁰⁷, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”¹⁰⁸.

Conforme ha sido expuesto, la interpretación tradicional del artículo 42 de la Carta que ha permitido sostener que la única familia constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica consiste en ligar los vínculos jurídicos que le dan origen a la mención “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” y los vínculos naturales a la frase “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde surge que solo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege.

Para justificar la ampliación del concepto de familia, en la demanda D-8367 el actor propone separar las distintas expresiones del artículo 42 superior, de modo tal que la conjunción “o” de su primer inciso determinaría la existencia de varias formas de reconocimiento constitucional del núcleo esencial de la sociedad que, así, surgiría por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, de tal modo que estas tres vías, en lugar de implicar que la familia inicia únicamente por el vínculo entre un hombre o una mujer, le darían cabida a la familia conformada por parejas homosexuales.

Por su parte, los actores en la demanda D-8376 consideran que el artículo 42 de la Carta establece como posibilidad el reconocimiento y protección de familias distintas de las surgidas del vínculo entre un hombre y una mujer, porque establece que la familia también puede constituirse “por la voluntad responsable de conformarla”, luego aseverar que la única familia protegida es la heterosexual y monogámica es, en su criterio, desacertado y “no se compadece con una adecuada interpretación literal del artículo 42, ni con la interpretación sistemática de la Carta”.

En el orden puramente literal se plantea, entonces, una nueva interpretación del primer inciso del artículo 42 superior y antes de decidir sobre la plausibilidad de la interpretación ofrecida como alternativa a la que ha predominado en la jurisprudencia, la Sala considera indispensable examinar cuál ha sido el debate que alrededor del concepto de familia se ha surtido en el seno de la Corporación, pues aunque en las sentencias sobre protección a las parejas homosexuales la cuestión no se ha tratado o no ha sido argumento de carácter principal, lo cierto

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Cfr. Sentencia T-293 de 2009.

¹⁰⁸ Cfr. Sentencia T-900 de 2006.

es que, como se ha alcanzado a poner de manifiesto, se han presentado aclaraciones y salvamentos de voto que invitan a abordar el tema y a replantear la jurisprudencia que sobre él se ha producido.

4.4.3.1. La pareja homosexual y el concepto de familia en aclaraciones y salvamentos de voto

Con la finalidad de facilitar la exposición, la Corte se limitará a reseñar aclaraciones o salvamentos de voto presentados a propósito de las sentencias que han sido citadas en el acápite correspondiente a la jurisprudencia referente a la protección de parejas homosexuales. Como en su momento fue consignado, en la Sentencia C-075 de 2007 el concepto de familia constitucionalmente protegida no fue objeto de consideración y tres magistrados aclararon su voto para hacer constar que, aunque compartían plenamente la decisión adoptada, habían apoyado el fallo tras cerciorarse de que el mismo no significaba “un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege”¹⁰⁹.

Otro magistrado salvó su voto para expresar que, a su juicio, “el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer”, porque “el término ‘o’ consagrado en el artículo 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también se forma por la voluntad responsable de conformarla, sin distinguir sexos” y, de otra parte, sostuvo que la Constitución, cuando habla de la familia, “no dice que es hombre o mujer”, sino que “se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable”, por lo cual “diversos caminos o vías conducen a la familia” y el referente a la voluntad responsable de conformarla, a diferencia del matrimonio, “no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo”¹¹⁰.

Además, consideró importante recordar “que cuando el constituyente utiliza conceptos o términos diversos es porque quiere distinguir situaciones diversas” y por ello aludió dos veces a la voluntad, “para referirse a dos clases de familia: en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia, y en el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de parejas de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio”¹¹¹.

El mismo Magistrado reiteró sus criterios en salvamento de voto a la Sentencia C-811 de 2007¹¹², mientras que una Magistrada, en aclaración de voto ya citada

¹⁰⁹ Cfr. Aclaración de voto de los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla a la Sentencia C-075 de 2007.

¹¹⁰ Cfr. Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería a la Sentencia C-075 de 2007.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Cfr. Salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería a la Sentencia C-811 de 2007.

en esta sentencia, afirmó que, “a partir de una nueva y más realista y plural concepción de la familia, es posible concebir un universo muy diverso de formas de relación entre personas que merecen protección constitucional”, que incluiría al núcleo afectivo establecido entre la madre cabeza de familia y sus hijos, entre los abuelos y los nietos a su cargo, entre los tíos y tías responsables de sus sobrinos, así como otra serie de relaciones personales sin similitud alguna con las parejas heterosexuales, vinculadas por “nexos permanentes de amor, afecto y solidaridad” que incluyen “sin duda, a las parejas del mismo sexo”¹¹³.

Tratándose de la interpretación literal sostuvo que una lectura adecuada del artículo 42 superior “no conduce a la conclusión inequívoca de que la familia solo puede surgir de la pareja heterosexual”, ya que las hipótesis contempladas en el precepto “están formuladas de manera disyuntiva”, como lo sugiere el uso de la coma y de la partícula “o”, que permiten concluir que “la familia puede constituirse ‘por vínculos naturales o jurídicos’ o ‘por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio’ o ‘por la voluntad responsable de conformarla’ ”, siendo especialmente “llamativa la disyunción entre la familia conformada por el matrimonio heterosexual y la familia que se origina en la voluntad responsable de conformarla, sin referencia alguna al sexo de quienes la conforman”, luego “entre otras muchas formas de unión entre personas, las parejas conformadas por personas del mismo sexo que, de manera responsable, deciden conformar una familia, constituyen, de manera inequívoca, una familia”¹¹⁴.

Por último conviene señalar que la aclaración de voto del Magistrado Araujo Rentería a la Sentencia C-798 de 2008 está planteada en términos idénticos a los reseñados y que lo mismo ocurre con la presentada a propósito de la Sentencia C-029 de 2009, en donde se reitera lo que después fue recogido en una sentencia dictada en sede de tutela y de la que fue ponente, al indicar que el pluralismo implica “que el concepto de familia no se reduzca exclusivamente a aquella conformada por hombre y mujer”, pues el artículo 42 superior, al establecer que la familia se constituye por la voluntad responsable, permite que “a este concepto se llegue por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer”¹¹⁵.

Esa misma concepción, inicialmente plasmada en aclaraciones y salvamentos de voto, aparece en providencias dictadas en sede de control de constitucionalidad, en las cuales se indica que “precisamente el estatuto superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla”¹¹⁶ y que “la noción de familia que contempla la Constitución es amplia, pues además de las formas que eran ya tradicionales en Colombia

¹¹³ Cfr. Aclaración de voto de la Magistrada (e) Catalina Botero Marino a la Sentencia C-811 de 2007.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Cfr. Sentencia T-1163 de 2008.

¹¹⁶ Cfr. Sentencia C-521 de 2007.

protege otras”, como las creadas por “la voluntad responsable de conformarla, por una mujer cabeza de familia y “garantiza todas aquellas formas de organización social propias de cada pueblo indígena”, siendo el poder legislativo el encargado de establecer las formas de familia protegidas, “de acuerdo a las realidades sociales y culturales de la Nación”¹¹⁷.

4.4.3.2. Conclusiones sobre la relación entre la pareja homosexual y el concepto de familia

De la precedente reseña se desprende que la interpretación que del primer inciso del artículo 42 del Estatuto Superior hacen los demandantes es una interpretación plausible que válidamente puede ser tenida como alternativa a la tradicionalmente aceptada en la Corte, por cuanto también obedece a un entendimiento literal del comentado precepto constitucional y ha sido respaldada por un sector de la Corporación, en aclaraciones y salvamentos de voto formulados a partir de la Sentencia C-075 de 2007 y aun antes de que esta fuera proferida¹¹⁸.

A fin de determinar si prevalece o no la lectura que acerca del concepto de familia constitucionalmente protegida se ha acogido por corresponder a la decisión mayoritaria de la Corte, es menester analizar los rasgos característicos de esa familia y señaladamente la heterosexualidad que, conforme a esa lectura predominante, singulariza a la familia reconocida por el Constituyente y, por ende, merecedora de protección.

Para examinar la solidez de este requisito es indispensable contrastarlo con las diversas formas de familia a las que se ha hecho referencia, con el objetivo de establecer si constituye una especie de denominador común de todas ellas. Sobre el particular la Sala verifica que tratándose de familias conformadas por madres solteras y sus hijos, que pueden incluso ser procreados con asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, por lo tanto, el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia, cosa que también ocurre con las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo¹¹⁹, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores necesitados de protección¹²⁰ o entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción.

¹¹⁷ Cfr. Sentencia C-507 de 2004.

¹¹⁸ Al respecto se puede consultar el salvamento de voto del Magistrado (e) Rodrigo Uprimny Yepes a la Sentencia T-725 de 2004, así como el salvamento de voto a la Sentencia C-814 de 2001, suscrito por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett y el presentado en esa ocasión por el Magistrado Jaime Araujo Rentería.

¹¹⁹ Cfr. Sentencias T-907 de 2004, T-615 de 2007 y T-625 de 2009.

¹²⁰ En la Sentencia T-1163 de 2008 se considera que la familia “puede estar conformada por una hermana y sus hermanos menores, siendo aquella considerada jurídica y fácticamente como mujer cabeza de familia”.

Entenderlo de otra manera implicaría una contradicción entre el artículo 5° de la Constitución que, en términos generales y sin distinciones de ninguna índole, encarga al Estado de amparar “a la familia como institución básica de la sociedad” y el artículo 42 de la Carta que, según la posición dominante en la Corte, introduciría una segregación entre los diferentes tipos de familia al proclamar que, dentro del diverso y variable conjunto de familias, solo la heterosexual es objeto de protección y reconocimiento, mas no aquellas otras que no están caracterizadas por esa especial nota.

Esa contradicción entre los textos, derivada de la interpretación que ha sido mayoritaria en la Corte es también, sin duda, una contradicción con la realidad, pues no cabe olvidar que la familia es una institución sociológica anterior al Estado que, por lo tanto, no la constituye, sino que se limita a reconocer su existencia y su evolución, lejos de encajarla forzosamente en alguna concepción específica o de tratar de detener su curso y esto sin perjuicio de la facultad de regulación que, por la incidencia social de la familia, en un Estado democrático, principalmente suele corresponderle al legislador, sujeto a límites que vienen dados por los derechos fundamentales.

El ejercicio de las competencias asignadas a la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales también da cuenta de la anotada contradicción, ya que en sede de tutela y con la frecuente invocación de los artículos 5° y 42 de la Carta, distintas Salas han ordenado medidas de protección a favor de madres cabeza de familia, de abuelos encargados de sus nietos, de hermanos mayores responsables de los menores o de miembros de parejas homosexuales y no es coherente con ello que, acerca de lo que es la familia protegida, en sede de control de constitucionalidad se mantenga una interpretación que ya ha sido ampliamente desbordada por los casos concretos resueltos al revisar las decisiones relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales.

Esos derechos fundamentales, involucrados en la defensa de un concepto amplio de familia, tienen que ver con la igualdad, hasta donde se permita, en la medida en que se prohíbe la desprotección a causa de la orientación sexual, con el libre desarrollo de la personalidad que garantiza la asunción libre de una opción de vida que no contraríe los derechos de los demás ni el orden jurídico, con libertades como la de conciencia que impide molestar a otro por sus convicciones u obligarlo a actuar en contra de ellas o la de cultos que protege el derecho a profesar o difundir las propias creencias e, inevitablemente, con la dignidad humana.

La protección de estos derechos en los que, a más de lo previsto en los artículos 5° y 42 superiores, se suele fundar un concepto amplio de familia, tiene su soporte en las exigencias de un estado social de derecho participativo y pluralista, como el contemplado en el artículo 1° de la Carta, que incluye dentro de sus fines, enunciados en el artículo 2°, la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las personas, derechos que, según el artículo 5°, son inalienables y tienen primacía y que, además, proclama, en los términos del

artículo 7º de la Carta, el reconocimiento y protección de “la diversidad étnica y cultural de la nación”, claramente contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida.

La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen unos efectos patrimoniales y otros de índole personal.

En cuanto hace a los efectos patrimoniales ya se ha señalado en esta providencia que la protección que en los eventos concretos analizados por la Corte se le ha brindado a la pareja homosexual desde la expedición de la Sentencia C-075 de 2007 tiene un marcado sesgo económico, evidenciado en la extensión de prestaciones, beneficios o cargas antes asignados a las parejas heterosexuales y, particularmente, a los miembros de las uniones maritales de hecho y que la propia Corte ha enfatizado que el déficit de protección y la urgencia de proteger el derecho a la igualdad tenía en esos casos un contenido eminentemente patrimonial.

En ese contexto, los efectos de orden personal que tienen que ver con ciertos derechos y obligaciones surgidos entre los integrantes de la pareja no fueron objeto principal de la discusión o resultaron soslayados en la argumentación de las respectivas sentencias, pero ello no significa que haya habido ausencia de toda referencia a los comentados efectos personales en las sentencias que aquí han sido objeto de análisis.

Basta anotar que en la propia Sentencia C-075 de 2007, como ha sido recordado, la Corte reconoció la carencia de instrumentos que permitieran a las personas homosexuales “desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida” y que, en la Sentencia C-029 de 2009 se indicó que la pareja, sea heterosexual u homosexual, tiene un proyecto de vida en común, una vocación de permanencia y comporta “asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes”, lo que fue reiterado a propósito de la obligación alimentaria, al puntualizar que la existencia de “una especial vinculación” da lugar a “lazos de afecto, solidaridad y respeto”.

A propósito de estas consecuencias personales de las uniones permanentes de dos personas del mismo sexo, conviene retomar ahora el concepto general de familia, ya evocado en esta providencia, para llamar la atención acerca de que allí se funda su existencia “en el amor, el respeto, y la solidaridad” y, a la vez

se la caracteriza “por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos”¹²¹.

Si bien esa alianza entre los convivientes se predica de la pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o por la unión marital de hecho, la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.

Así las cosas, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia.

Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado.

Los efectos patrimoniales y las relaciones sexuales que pueden darse o no, están determinadas por las condiciones personales de una unión que se funda y se mantiene en razón del afecto y la solidaridad de quienes le han dado origen, pues, con palabras que, aunque expuestas respecto del matrimonio, son aplicables a los compañeros y compañeras heterosexuales u homosexuales, la unión “comporta una entrega personal” orientada “a conformar una comunidad de vida y amor” y, si es del caso, a “una participación mutua en la sexualidad”¹²².

De conformidad con lo indicado en otros apartes de esta providencia, la sola pareja que libremente manifiesta su consentimiento o se une con vocación de permanencia es ya una familia, así en el matrimonio como en la unión marital de hecho que, tradicionalmente y para distintos efectos, ha sido aceptada como

¹²¹ Cfr. Sentencia C-271 de 2003.

¹²² Cfr. Sentencia C-533 de 2000.

familia aún sin descendientes¹²³, luego la situación no puede ser distinta en el caso de las personas homosexuales que conforman una unión estable.

La convivencia sustentada en la afectividad y en vínculos emocionales conjuntos genera una comunidad de vida que suele manifestarse en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, así como en la realización de un proyecto compartido que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de la familia y en el logro de su felicidad, todo lo cual es experimentado por los miembros de una unión homosexual y por todo aquel que forme parte de una familia, cualquiera sea su conformación.

La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohiado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad responsable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales.

La Corte estima pertinente insistir en que este cambio en la interpretación del primer inciso del artículo 42 superior no se aparta de la comprensión literal del mismo, como reiteradamente se ha puesto de presente, y en que ha sido anticipado en el debate que sobre la materia ha surtido la Corporación en distintas ocasiones que se han sucedido al menos en los últimos diez años y, especialmente, a partir de 2007, conforme consta en las aclaraciones y salvamentos de voto traídos a colación en esta oportunidad.

La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente, que “puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora

¹²³ Cfr. GRACIELA MEDINA, *Uniones de hecho homosexuales*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2001. Pág. 23.

deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma”, sin que ello implique vulneración de la cosa juzgada, “ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica”¹²⁴.

Resta apuntar que en el anterior análisis no se tuvo en cuenta el carácter monogámico de la familia que aparece como nota esencial de la única que se consideraba constitucionalmente protegida y se omitió el examen debido a que la unión de dos personas homosexuales no cuestiona este aspecto que, por lo demás, corresponde desarrollar al legislador en razón del carácter institucional de la familia y habida cuenta de que las concepciones mayoritariamente compartidas no son favorables a la poligamia o a la poliandria que, sin embargo, podrían tener justificación en contextos culturales distintos del mayoritario y protegidos por el pluralismo y la diversidad étnica y cultural de la Nación.

De todas maneras, para finalizar, conviene apuntar que las precedentes conclusiones encuentran respaldo en amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, conforme pone de manifiesto la doctrina, “ha utilizado un criterio material y no formal de familia” que extiende los cometidos protectores “a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares”, para definir como tal “la que existe entre los padres y los hijos menores, sea cual sea la relación jurídica entre los padres, e incluso para ampliar el concepto de vida familiar a otras relaciones cercanas, por ejemplo entre hermanos, abuelos y nietos e incluso tío y sobrino” o, en definitiva, a “cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes”, convivencia que “puede ser considerada ‘vida familiar’ protegida por el Convenio por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio”¹²⁵.

4.5. Las familias conformadas por personas homosexuales y el matrimonio

La convivencia y la vida familiar de las que se hace mención en la anterior cita llaman la atención acerca de las características generales de la familia conformada por personas del mismo sexo, pues el carácter responsable de la voluntad que conduce a constituir la le imprime a su concepto un sello de seriedad que impide confundirla con la unión esporádica u ocasional basada en las relaciones de amistad, en encuentros fortuitos o en el simple compartir casual o desarrollado en periodos o estancias cortas que no alcanzan a cimentar una relación estable y duradera.

¹²⁴ Cfr. Sentencia C-774 de 2001.

¹²⁵ Cfr. PABLO SANTOLAYA MACHETTI, “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, en JAVIER GARCIA ROCA y PABLO SANTOLAYA, *La Europa de los derechos...* Págs. 494 y 495.

Así pues, los efectos jurídicos propios de la familia se generan cuando entre los miembros de la pareja del mismo sexo se percibe el compromiso de forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto y que, por ejemplo, comporte el propósito de mantener la convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido.

Pero, además de la convivencia solidaria, la comunidad de intereses o de fines es rasgo definidor de la familia homosexual que, por lo mismo, entraña una unión singular, en cuanto se limita a dos personas y es incompatible con otras relaciones simultáneas de pareja, a más de lo cual la permanencia de la unión con estas características ha de traducirse en su notoriedad y publicidad, si bien se debe admitir que en el caso de las personas homosexuales los prejuicios sociales llevan a que este requisito esté sujeto a una consolidación progresiva que, en forma paulatina, desvirtúe la clandestinidad impuesta por el prejuicio y aun por la falta de reconocimiento jurídico¹²⁶.

Así las cosas, superada la exclusión de las uniones homosexuales del concepto de familia constitucionalmente protegida y sabiendo que el carácter permanente de la convivencia fundado en el mutuo afecto hace de ellas un tipo de familia, falta examinar la cuestión principal propuesta en las demandas, cual es la reclamación del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio entre sí.

4.5.1. Las demandas

En la demanda identificada con el número D-8367, siempre dentro del marco literal que ha predominado en este asunto, el actor sugiere una interpretación del artículo 42 de la Carta en la parte referente a la constitución de la familia “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” y según esa lectura, dado que el Constituyente no empleó la expresión “entre” para denotar que el matrimonio necesariamente se celebra “entre” un hombre y una mujer, es factible entender, a su juicio, que la redacción del texto superior “no indica exclusión de la decisión de un hombre de contraer matrimonio con otro hombre, o de una mujer de hacer lo mismo con otra mujer”.

Ciertamente esta interpretación ha tenido eco en la doctrina que, a propósito de textos similares al recogido en la Constitución colombiana, ha planteado que, aun cuando el matrimonio homosexual no había sido objeto de preocupación en el momento constituyente, porque la sociedad de entonces no lo incluía en su agenda, la expresión, “el hombre y la mujer tienen derecho a” leída a la luz del principio de igualdad “debe decir: tanto el hombre como la mujer, iguales en derechos, pueden libremente contraer matrimonio con cualquier hombre o mujer que, con la misma igualdad jurídica y la misma libertad, decida

¹²⁶ Sobre esta cuestión se puede consultar a Cfr. GRACIELA MEDINA, *Uniones de hecho homosexuales...* Pág. 23 y así como a PEDRO A. TALAVERA FERNANDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Madrid, Dykinson, 1999. Págs. 44 y ss..

implicarse en esa relación”, pues el hombre y la mujer “son todos los hombres y todas las mujeres” y la igualdad jurídica a la que tienen derecho debe regir “no solo en lo relativo al *qué* y al *cuándo*, sino también en lo que se refiere al *con quién*”, representado “por todos los sujetos con igual derecho a unirse en matrimonio”¹²⁷.

La anterior lectura ha sido objeto de contestación desde el punto de vista estrictamente literal, por cuanto se aduce que si el Constituyente hubiese considerado la posibilidad de reconocer expresamente el derecho al matrimonio a toda clase de parejas, heterosexuales u homosexuales, habría utilizado alguna de las fórmulas genéricas, de uso común al establecer derechos, tales como “todos tienen derecho a”, “toda persona tiene el derecho a”, “se reconoce el derecho de todos a” o “nadie podrá ser excluido del derecho a” y, sin embargo, no se valió de ninguna de estas fórmulas, sino que empleó un giro escaso en la redacción de disposiciones sobre derechos fundamentales al hacer expresa mención del hombre y de la mujer, con lo cual solo habría previsto el matrimonio de las parejas heterosexuales¹²⁸.

En la demanda D-8376 los actores aceptan que el artículo 42 superior admite un entendimiento, de conformidad con el cual únicamente se permite el matrimonio a las parejas heterosexuales, pero también un entendimiento amplio que impondría “la obligación de contraer matrimonio entre un hombre y una mujer, pero dejaría abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico prevea otros tipos de matrimonio”, lectura amplia que, según ellos, resulta más adecuada al reconocimiento y protección de las familias distintas de las que surgen del vínculo entre un hombre y una mujer, habida cuenta de que la familia también puede constituirse “por la voluntad responsable de conformarla, por lo que “el único límite al que está sometido el legislador en la regulación de las formas de matrimonio es que no puede suprimir, desconocer o prohibir el matrimonio entre hombre y mujer”, aunque podría “admitir otros tipos de matrimonio como el homosexual”.

De acuerdo con este planteamiento, aunque se reconoce la variedad de familias que ya ha sido destacada aquí, se entiende que el medio constitucionalmente dispuesto para la conformación de familias integradas por parejas del mismo sexo es el matrimonio que, por lo tanto, no estaría reservado en la Carta a las parejas heterosexuales que manifiesten su consentimiento de unirse en virtud del contrato previsto en el artículo 113 del Código Civil, cuya referencia al hombre y a la mujer sería inconstitucional.

Según el planteamiento general de la demanda, los homosexuales, como grupo minoritario, tradicionalmente han padecido un déficit de protección y su derecho a la igualdad solo puede ser satisfecho mediante el matrimonio, ya que sus requerimientos familiares de protección son análogos a los de las parejas

¹²⁷ Cfr. PERFECTO ANDRES IBAÑEZ, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad EAFIT, 2011. Págs. 311 y 312.

¹²⁸ Una reseña de esta posición se encuentra en MARIA MARTIN SANCHEZ, *Matrimonio homosexual y constitución...* Pág. 122.

heterosexuales, conforme lo demuestra la jurisprudencia constitucional que ha reconocido y protegido a las parejas homosexuales, a cuya evolución le falta este paso para que la equiparación sea completa, puesto que así han obrado distintas cortes y tribunales del mundo al proteger los derechos de los homosexuales, derechos que no encuentran satisfacción plena en figuras tales como la unión marital de hecho y exigen la realización de un test estricto de proporcionalidad, por estar involucrada una categoría sospechosa de diferenciación, cual es la orientación sexual.

4.5.2. El problema jurídico relativo a la relación entre la familia homosexual y el matrimonio y su solución

Le corresponde a la Corte determinar si, pese a que la unión matrimonial heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio.

La respuesta no puede darse al margen de lo que ha sido considerado en esta providencia acerca de la existencia de un concepto ampliado de familia, que da cabida a distintas modalidades familiares, todas susceptibles de la protección que la Carta dispone a favor de la familia como institución básica y núcleo esencial de la sociedad. En este sentido, más que la verificación de la diversidad de familias interesa destacar las fuentes en las que tienen origen que, de conformidad con la interpretación literal del artículo 42 superior acogida, son varias.

En efecto, se viene de sostener que la familia puede tener su origen en vínculos naturales o jurídicos y que tales vínculos pueden concretarse, respectivamente, en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o en la voluntad responsable de conformarla, supuesto este último en el que, según se ha expuesto, tiene origen la unión marital de hecho, como también la familia conformada por dos personas del mismo sexo.

Así las cosas, de conformidad con lo constitucionalmente establecido, el matrimonio es la forma de constituir la familia heterosexual, cuando la pareja, integrada por hombre y mujer, manifiesta su consentimiento y lo celebra, mientras que la voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la unión marital de hecho o la compuesta por una pareja de homosexuales y también se ha indicado que esta interpretación fue anticipada durante un largo lapso en aclaraciones y salvamentos de voto a los cuales se ha hecho referencia.

Lo anterior implica que, no obstante la variedad de formas familiares, por decisión del Constituyente existe un reconocimiento expreso de la familia heterosexual y, dentro de su ámbito, de la surgida del vínculo matrimonial, pues, fuera de la mención del derecho que tienen un hombre y una mujer a contraerlo,

en el texto del artículo 42 de la Constitución el matrimonio es la primera referencia cuando se habla de los hijos que pueden ser “habidos en el matrimonio o fuera de él” y, en posteriores incisos, la alusión es más evidente, ya que otra regulación en el orden superior indica que “las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo se rigen por la ley civil”, al paso que, en los últimos incisos, se hace referencia a los matrimonios religiosos para otorgarles efectos civiles en los términos de la ley, e igualmente se dispone que “los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil” y que las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos, dictadas por las autoridades de la respectiva religión, tendrán efectos civiles en los términos de la ley.

El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que solo cabe apuntar que en este caso “la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución”¹²⁹.

Reiterando el criterio vertido en cita doctrinal reciente, procede afirmar que, aun cuando dejó abiertas otras posibilidades que sirven de sustento a una variedad de familias, el Constituyente previó la evolución de la institución familiar, pero en el momento mismo de elaborar la Carta no tuvo en cuenta de manera específica opciones como el matrimonio homosexual, puesto que, sin perjuicio de las otras modalidades de familia, se limitó a conferirle una especial expresión en el texto constitucional a una realidad corriente en ese entonces y aún hoy, y de acuerdo con la cual el matrimonio es una de las formas a las que, con mayor asiduidad, acude la gente que desea conformar una familia, forma históricamente ligada a la pareja conformada por un hombre y una mujer, rasgo este que, literalmente, fue incorporado en la Constitución.

Nótese que en la Sentencia C-075 de 2007 la Corte enfatizó que para la fecha de su expedición “la realidad homosexual”, se había hecho más visible, “en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, un ambiente hostil mantenía vedadas”, a lo que agregó que “esas opciones diferentes y sus concretas manifestaciones en la vida social exigen un reconocimiento jurídico” que, en el caso entonces abordado, remitía “a la consideración del régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

Ciertamente la visibilidad social de la realidad homosexual ha tardado en las sociedades contemporáneas, debido a que el punto de partida, más que en hacer

¹²⁹ Cfr. Salvamento de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett a la Sentencia C-814 de 2001.

visible esa realidad, consistió en ocultar la orientación afectiva o erótica hacia personas del mismo sexo, así como las relaciones entre ellas, e igualmente cabe registrar que, respecto de otras manifestaciones minoritarias y discriminadas, demoró la conformación y organización del movimiento homosexual y la consiguiente expresión de sus reivindicaciones sociales.

Esta evolución ha pasado por fases de rechazo explícito, de tolerancia y aceptación social y de reconocimiento jurídico que, en términos generales, se corresponden con la sucesiva consideración de la homosexualidad como perversión, como desviación de la conducta, como enfermedad o trastorno mental, hasta llegar a ser considerada como un modo de vida merecedor del respeto de los demás a la persona del homosexual y a sus relaciones de pareja.

El hecho de que inicialmente se hubiese enfrentado la homosexualidad desde la perspectiva individual tendente al ocultamiento y no desde la perspectiva de grupo minoritario decidido a formular sus reivindicaciones en público, ha incidido en la relación de las personas homosexuales con el matrimonio, pues en un primer momento la actitud fue de indiferencia o de tensión y rechazo hacia la familia y el matrimonio, aunque con posterioridad los homosexuales manifestaron su deseo de “ingresar al orden familiar” y, ante la sociedad, han reivindicado su derecho al matrimonio¹³⁰.

Desde luego, en 1991 la cuestión no había evolucionado en Colombia a tal punto que fuera tan visible y acuciante la necesidad de reconocer expresamente las reivindicaciones de los movimientos homosexuales que solo cobraron importante notoriedad después, conforme ha sido registrado en la jurisprudencia constitucional, de manera que el Constituyente de ese año, al otorgarle un tratamiento expreso al matrimonio y a la pareja heterosexual que con base en él conforma una familia, recogió la que era concepción predominante en la sociedad de la época.

4.5.3. La familia homosexual y la manera de constituirla. Planteamiento de la cuestión

Pero, como fuera del matrimonio, la Constitución entonces aprobada previó formas distintas de constituir la familia, la evolución posterior ha permitido replantear la interpretación del concepto constitucional de familia protegida y, sin desatender el tenor literal del artículo 42 superior, reconocer la familia conformada por las parejas homosexuales que tengan la voluntad responsable de conformarla.

Empero, no sobra advertir que, con base en el marco constitucional vigente, la Corte ha señalado que existen elementos presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales “son suficientes para tenerlas como supuestos distintos, además de la obvia diferencia de su composición”. Así, en la concepción del Constituyente, la

¹³⁰ Véase sobre este aspecto a MAURICIO LUIS MIZRAHI, *Homosexualidad y transexualismo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006. Pág. 4.

igualdad de derechos entre el hombre y la mujer tiene como presupuesto la unión heterosexual y la debilidad de la cónyuge o de la compañera permanente se presenta en el contexto de la heterosexualidad y de la discriminación por razón de sexo, a lo que se agrega que, “sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos”, la hipótesis “más general y corriente” consiste en que las uniones heterosexuales tengan descendencia, mientras que, en principio, ello no sería posible tratándose de las parejas homosexuales¹³¹.

El último aspecto mencionado en la anterior cita, que ha sido reproducida en las Sentencias C-075 de 2007 y C-029 de 2009, contribuye a la comprensión del tratamiento expreso que la Constitución hace de la familia heterosexual y de su matrimonio, ya que la existencia misma del Estado y su futuro dependen en gran parte de la renovación y cuidado de la comunidad nacional, elemento humano que se transforma y le confiere permanencia a la organización política estatal gracias al paso de las sucesivas generaciones.

De ahí que la Carta regule lo atinente a los habitantes del territorio nacional y que otorgue la nacionalidad, entre otros, a los hijos de padre o madre colombianos nacidos en el territorio patrio o en el extranjero, siempre que se domicilien en territorio colombiano o se registren en una oficina consular de la República y que, de otra parte, brinde protección a la familia como núcleo original de socialización de la prole y confíe a la familia, a la sociedad y al Estado el cuidado de niños y adolescentes.

Incluso del ordenamiento constitucional se deriva un mandato de protección a las próximas generaciones como, por ejemplo, acontece con el derecho al medio ambiente, patrimonio también perteneciente a “las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes” y de asegurar “la supervivencia de las generaciones presentes y futuras”, lo que condiciona el ejercicio de ciertas facultades, limitadas “por los derechos de quienes aun no han nacido” y tendrán que contar, como nosotros, “con la capacidad de aprovechar los recursos naturales para satisfacer sus propias necesidades”¹³².

En resumidas cuentas, la expresa protección a la familia heterosexual y al matrimonio de las parejas de distinto sexo es un dato constitucional insoslayable con el que tiene que contar el juez constitucional al momento de resolver asuntos como los planteados en las demandas que ahora se deciden y, por lo tanto, requiriendo la familia homosexual de la protección que la Constitución brinda a todas las clases de familias, procede preguntar cómo se concreta ese mandato superior de protección en el caso de las parejas homosexuales estables y, en primer lugar, cómo se puede dar lugar a la conformación solemne y formal de la familia integrada por parejas homosexuales, dado que, constitucionalmente, el matrimonio está previsto para las parejas heterosexuales.

¹³¹ Cfr. Sentencia C-098 de 1996.

¹³² Véase, por todas, la Sentencia C-703 de 2010.

4.5.3.1. Alternativas de solución al problema de la constitución de la familia homosexual

El déficit de protección de las parejas homosexuales y la consecuencial falta de reconocimiento jurídico tornan difícil el tratamiento de materias referentes a una realidad jurídica que todavía no cuenta con un estatuto completo. Sin embargo, la Sala estima que para orientarse en esta materia puede prestar alguna utilidad la jurisprudencia en la que la Corporación ha adoptado medidas de protección a favor de las parejas del mismo sexo.

Conviene recordar que esas medidas protectoras de manera prioritaria han operado en el ámbito patrimonial, en el cual previamente la Corte reconoció un déficit de protección, así como la ausencia de reconocimiento de la realidad homosexual y que, como fundamento de su adopción, sobre todo fue tomado el régimen jurídico que, en cada caso concreto, amparaba a los miembros de la sociedad marital de hecho para extender sus previsiones acerca de prestaciones, beneficios o cargas, a fin de que también comprendieran a las parejas homosexuales.

Para algunos intervinientes estas medidas protectoras jurisprudencialmente adoptadas son suficientes a fin de garantizar el reconocimiento y protección de las parejas homosexuales que, por consiguiente, a nada o a poco más podrían aspirar. Sin embargo, la consideración de estas uniones como familia y la protección constitucional que de ahí se desprende impiden circunscribir el amparo constitucionalmente exigido a unas medidas, por cierto importantes, pero de un claro contenido económico, que distan bastante de agotar los requerimientos de una unión estable y formalizada llamada a constituir familia, sobre todo en lo que hace al ámbito afectivo y emocional que, de acuerdo con lo expuesto, es el común denominador de todas las familias.

Como alternativa a la anterior propuesta y, dado que los beneficios otorgados a las parejas homosexuales han tenido como base lo que la ley previamente ha concedido a los integrantes de las uniones maritales de hecho, se ha pensado que la constitución y también el régimen de tales uniones responden adecuadamente a las necesidades de protección de las parejas del mismo sexo, motivo por el cual bastaría con trasladar lo previsto en relación con las uniones de hecho a los convivientes homosexuales, para solucionar así el déficit de protección y la urgencia de reconocimiento.

En contra de esta percepción del asunto se manifiestan los actores de la demanda D-8376, quienes aseveran que, siendo la unión marital de hecho la figura más asimilable al matrimonio, no alcanza a superar el déficit de protección al que están sometidas las parejas homosexuales, por cuanto, este tipo de unión no da lugar a un vínculo jurídico, tampoco permite elevar a la categoría de deberes jurídicos los compromisos morales surgidos entre los integrantes de la pareja, ni ofrece la posibilidad de anudar el incumplimiento de esos compromisos a la

disolución del vínculo o al mantenimiento de algunas obligaciones aun después de que éste ha terminado.

Fuera de lo anterior señalan que no se constituye sociedad conyugal desde el inicio y por el solo hecho de la unión, que no se accede a un estado civil, pues es inexistente el estado civil de compañero permanente y que tampoco se obtiene cobertura completa, porque la Corte no ha extendido a los compañeros permanentes todos los aspectos que configuran el marco de protección propio del matrimonio, así que la asimilación a la unión marital de hecho no se traduce en la superación del déficit de protección de las parejas homosexuales ni de su falta de reconocimiento en importantes facetas.

En síntesis, los actores hacen notar que en ausencia de un mecanismo que permita formalizar el vínculo entre los integrantes de la pareja del mismo sexo, está pendiente el reconocimiento de la obligatoriedad de los recíprocos deberes de cohabitación y ayuda mutua y de otras materias tales como la obligación alimentaria y su persistencia a cargo del responsable de la separación o disolución de la unión, el régimen patrimonial surgido a partir del momento en que el vínculo se formaliza, el correspondiente estado civil y sus efectos y los derechos que surgen a partir de la formalización del vínculo respecto de la afectación de la vivienda familiar y de la tipificación del delito de inasistencia alimentaria, entre otros muchos aspectos.

Así las cosas, habida cuenta de que las parejas homosexuales ya pueden conformar una unión de hecho, conviene explorar si hay algunas otras alternativas y en esta dirección resulta pertinente recordar que los demandantes efectúan una amplia referencia al derecho comparado que, aún cuando no suele ser unánime ni concluyente en materias especialmente disputadas y tampoco puede sustituir el texto de la Carta “es, sin lugar a dudas”, un recurso valioso en la medida en que facilita la comprensión de determinadas materias jurídicas, “tanto más en cuanto nos encontramos en un mundo globalizado, en el cual son cada vez más frecuentes las recíprocas influencias entre los ordenamientos jurídicos”¹³³, tal como lo expresan los actores citando a la Corte.

4.5.3.1.1. El derecho comparado y el reconocimiento de las uniones de parejas del mismo sexo

Los demandantes reseñan algunas decisiones que provienen de los Tribunales Superiores de Ontario y British Columbia de Canadá, las Cortes Supremas de los Estados de Massachusetts, California, Iowa y Connecticut en los Estados Unidos, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la Nación de México, cuyo rasgo compartido es la concesión del derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo por parte del juez constitucional. Sin embargo, como de inmediato se verá, esta alternativa no agota el conjunto de

¹³³ Cfr. Sentencia C-342 de 2006.

opciones de reconocimiento y de formas de constitución solemne de las uniones homosexuales¹³⁴.

En efecto, sin pretender una relación exhaustiva o detallada, cabe mencionar, inicialmente, que las decisiones acerca de las parejas homosexuales no provienen solo de cortes o tribunales constitucionales, sino que, en un buen número de países han tenido su origen en el respectivo órgano legislativo, decisión que, se supone, armoniza con los respectivos ordenamientos constitucionales. Así, el matrimonio homosexual ha sido instituido durante la última década mediante leyes dictadas en Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010) y en la Ciudad de México, Distrito Federal, (2009).

En cuanto a la actuación de los tribunales o cortes constitucionales respecto de estas leyes, es suficiente destacar que el Tribunal Constitucional de España no se ha pronunciado sobre el recurso de inconstitucionalidad, promovido en contra de la respectiva ley por el Partido Popular, mientras que en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió su pronunciamiento respecto de la acción de inconstitucionalidad promovida por el Procurador General de la República y reconoció la validez del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que, después de reformado, define el matrimonio como “la unión libre de dos personas, para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”.

En Portugal, una vez emitidas por el Parlamento las modificaciones que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Presidente de la República pidió al Tribunal Constitucional que, de manera preventiva, analizara la constitucionalidad de las referidas modificaciones y, tras haber obtenido decisión favorable a la constitucionalidad, la ley fue sancionada y publicada en el diario oficial.

En Canadá, el Primer Ministro solicitó al Tribunal Supremo que decidiera si limitar el matrimonio a las parejas heterosexuales era acorde con la Carta Canadiense de Derechos Fundamentales y el Tribunal resolvió que el gobierno federal tenía jurisdicción exclusiva para reconocer el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, lo cual dio paso a la presentación de un proyecto que obtuvo el respaldo de la Cámara de los Comunes y se convirtió en ley sobre el matrimonio civil, extendido también a las parejas del mismo sexo.

La Corte Constitucional de Sudáfrica resolvió, en una sola sentencia, el caso de dos mujeres que solicitaban el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y la solicitud que en el mismo sentido presentaron 18 asociaciones, pretensión que fue despachada favorablemente y adicionada con una orden impartida al parlamento, para que, en el término de 12 meses,

¹³⁴ Sobre el derecho comparado se ha consultado el libro de GRACIELA MEDINA, *Los homosexuales y...* Págs. 95 y ss.

expidiera un ley en la que fijara las condiciones beneficios y responsabilidades del matrimonio entre homosexuales, orden que condujo a la expedición de la Ley de Unión Civil.

Importa precisar que en algunos países la expedición de leyes con cobertura nacional estuvo precedida del reconocimiento del vínculo homosexual en algunas de sus provincias o estados federados, como es el caso de Canadá y de los Estados Unidos, en donde, habida cuenta de que el matrimonio es objeto de regulación independiente por cada Estado, la ley federal de defensa del matrimonio de 1996 establece que “ningún Estado, territorio, posesión de los Estados Unidos o tribu india, estará obligada a hacer efectiva en su ámbito propio ninguna disposición, documento o sentencia judicial de otro Estado, territorio, posesión o tribu, concerniente a la relación entre personas del mismo sexo, que sea considerada como matrimonial según las leyes de ese otro Estado, territorio, posesión o tribu”.

En Alemania el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 1993, indicó que la formación de una pareja homosexual no resulta contraria a la moral actual, pero avaló un tratamiento legal diferente entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, tras estimar que el matrimonio tiene apoyo y protección en la Constitución que brinda a los esposos la seguridad indispensable para conformar una familia junto con sus hijos, siendo irrelevante que en algunos casos se celebre el matrimonio sin la intención de tener hijos o que involuntariamente no se pueda procrear.

Pero la legislación comparada no solo se ocupa de permitir o de prohibir el matrimonio de parejas homosexuales, puesto que en otras latitudes tienen reconocimiento las uniones entre personas del mismo sexo, mas no bajo el concepto de matrimonio, sino como pactos de solidaridad, uniones civiles o sociedades de convivencia. Así acontece, por ejemplo, en Dinamarca (1989), Israel (1994), Hungría (1996), Francia (1999), Alemania (2001), Finlandia (2002), Croacia (2003), Austria (2003), Reino Unido (2004), Luxemburgo (2004), Andorra (2005), Nueva Zelanda (2005), República Checa (2006), Eslovenia (2006), Suiza (2007), Uruguay (2007) y Ecuador (2008).

En ciertos casos la estructuración de las uniones civiles o uniones registradas, como también se las llama, con todo y ser distintas del matrimonio, se vale de la regulación de éste que, por obvias razones, tiende a ser completa, pero es común el excluir ciertos efectos propios del matrimonio, porque el legislador considera que en esos supuestos no se debe extender la regulación a la unión conformada por dos personas del mismo sexo.

Cabe destacar, dentro de esta alternativa, la ley danesa sobre registro de parejas, la ley de Hungría o la ley del Estado de Vermont del año 2000 que estableció el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer y la unión civil para la convivencia estable homosexual registrada y fue dictada considerando, entre otros aspectos, que el interés estatal en el matrimonio se dirige al cuidado de la

familia y a la protección de sus miembros frente a las consecuencias del abandono y del divorcio y que existe un especial interés en promover la estabilidad familiar, incluida la de familias basadas en uniones homosexuales, cuya protección mediante el sistema de uniones civiles permite respetar las instituciones tradicionales y evitar la discriminación de las parejas del mismo sexo.

Sobre uniones registradas es de interés mencionar la sentencia de 17 de julio de 2002 que sobre ley de parejas de hecho profirió el Tribunal Constitucional Federal Alemán, de acuerdo con cuya síntesis la introducción de esa institución jurídica no lesiona la especial protección del matrimonio constitucionalmente garantizada, protección que “no impide al legislador reconocer a las parejas de hecho homosexuales derechos y deberes iguales o semejantes a los del matrimonio”¹³⁵.

Una opción adicional igualmente experimentada en el derecho comparado está constituida por la regulación de la unión de hecho homosexual, distinta del matrimonio y que admite dos modalidades, por cuanto algunas legislaciones las regulan con independencia de la unión de hecho heterosexual, mientras que otras introducen una regulación conjunta para la unión de hecho, sea heterosexual u homosexual. Ejemplo de la primera modalidad es la ley de parejas de Cataluña expedida en 1998 y de la segunda la ley de Aragón y la ley francesa, debiéndose aclarar que no siempre la equiparación es absoluta, debido a que, en ciertas regulaciones, se excluye a las uniones homosexuales de algunos derechos reconocidos a las uniones de hecho heterosexuales¹³⁶.

En efecto, de conformidad con los datos del derecho comparado, en todos los supuestos autorizados para constituir la familia homosexual, tratándose del matrimonio, de la unión de hecho o de la unión civil o registrada, las distintas regulaciones legislativas suelen excluir opciones previstas para el caso de las parejas heterosexuales, pero negadas para las parejas homosexuales, porque suelen involucrar valoraciones todavía no resueltas por la sociedad, ni en el seno de los parlamentos o congresos.

Así por ejemplo, la ley de 2003 que en Bélgica autorizó el matrimonio a las parejas del mismo sexo, no les otorgó derechos de adopción, exclusión también prevista en la ley portuguesa de 2010 y, en cuanto a las uniones civiles o registradas, la ley danesa de 1989 estableció que lo concerniente a la adopción no es aplicable a la unión registrada, como tampoco algunas secciones de la ley sobre incapacidad, guardia y custodia predicables de los cónyuges y la anterior ley sueca de uniones, luego derogada por la que permitió el matrimonio homosexual, sustraía la adopción y el acceso a técnicas de fecundación asistida, mientras que en el caso de las uniones de hecho conformadas por homosexuales, la ley de Cataluña de 1998 contempló salvedades relativas a la adopción y a los

¹³⁵ Cfr. BENITO ALAEZ CORRAL y LEONARDO ALVAREZ ALVAREZ, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán...* Págs. 1102 y ss.

¹³⁶ La distinción es de GRACIELA MEDINA, *Los homosexuales y...* Pág. 98.

derechos sucesorios, en tanto que la ley de Aragón de 1999 negó la adopción a las parejas homosexuales y la ley francesa de 1999, sobre pacto civil de solidaridad y concubinato, previó que, en el caso del pacto, no se altera el estado civil de los celebrantes, tampoco se confiere a los homosexuales el derecho a acceder a las técnicas de fecundación asistida, ni se modifican las funciones de la patria potestad.

4.5.3.2. La constitución de la familia homosexual en Colombia

Efectuado este breve recorrido que simplemente es una muestra de las grandes tendencias del derecho comparado sobre la materia, tratándose de nuestro ordenamiento constitucional procede reiterar lo hasta ahora expuesto en relación con el matrimonio que, desde la Carta misma, está expresamente previsto para las parejas heterosexuales y respecto de la unión marital de hecho que, como alternativa al alcance de los homosexuales, es insuficiente tratándose de la constitución de la familia conformada por parejas del mismo sexo, pues no les provee del marco de protección propio de un vínculo jurídico que les permita formalizar su unión y asumir voluntariamente un compromiso mayor que el derivado de un vínculo natural.

De acuerdo con lo indicado, el primer inciso del artículo 42 de la Constitución prevé en forma expresa el matrimonio de mujer y hombre otorgándole así reconocimiento jurídico a una realidad tradicionalmente aceptada como la forma que la mayoría heterosexual tiene a su alcance para formalizar el vínculo constitutivo de una familia especialmente protegida, no solo por razones ligadas a una larga tradición, sino ante todo, porque garantiza el cambio de las generaciones y la prolongación de la comunidad constitutiva del elemento humano del Estado, en la medida en que la libre expresión del consentimiento otorgado por los contrayentes es indicativa de la juridicidad de una relación que, por lo general, va a ser escenario favorable para el levantamiento y socialización de los descendientes.

Con fundamento en esta consideración corresponde indagar ahora si la expresa previsión del matrimonio para heterosexuales, contenida en el artículo 42 de la Carta, y la protección que el mismo precepto anuda a ese reconocimiento expreso, significan la proscripción de toda institución mediante la cual las parejas del mismo sexo pudieran concretar su intención de unirse mediante un vínculo jurídico formal que solemnice su relación y le otorgue un mayor grado de solidez que el inherente a la simple unión de hecho.

Para absolver este asunto la Corporación considera de interés destacar que buena parte de las disposiciones jurídicas integrantes de un ordenamiento tienen, en relación con la conducta humana, los cometidos de permitir, mandar, prohibir o sancionar, de manera que si aplicamos esta tipología a lo dispuesto en el artículo 42 superior respecto del matrimonio se encuentra que esa disposición permite el matrimonio entre heterosexuales y que al hacerlo expresa el componente de derechos fundamentales ligado a la decisión voluntaria de contraer matrimonio y de constituir una familia por ese medio.

Mas como quiera que, por virtud del artículo 5° de la Carta y del primer inciso del mismo artículo 42, la familia también tiene un componente institucional, desde esta perspectiva resulta procedente sostener que el Constituyente manda que el vínculo jurídico que da lugar a la familia heterosexual no sea otro que “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, razón por la cual, tratándose de las parejas heterosexuales, el legislador ha de contemplar el matrimonio como único vínculo jurídico al que pueden aspirar los miembros de esas parejas que voluntariamente decidan formalizar su unión.

Así pues, en el caso de las parejas conformadas por mujer y hombre, el contenido prohibitivo del precepto constitucional glosado radica en que el legislador no está facultado para introducir una forma de originar un vínculo jurídico constitutivo de la familia heterosexual distinto del constitucionalmente protegido, ni para desalentar el acceso voluntario de las parejas de distinto sexo al matrimonio mediante la concesión de más derechos o de mejores ventajas a otra clase de uniones, al punto de brindarles mayor protección que la dispensada al matrimonio, porque fuera de desatender la especial protección constitucionalmente conferida al matrimonio heterosexual, de esa manera se incidiría sobre la libre determinación de las personas.

De lo precedente se desprende que la desatención de la especial protección dispuesta para el matrimonio heterosexual acarrearía como consecuencia la inconstitucionalidad de la medida legislativa que la desconociera y, en el caso de la pareja, impediría que se le otorgara reconocimiento a la unión que, con la pretensión de consolidar un vínculo jurídico entre un hombre y una mujer, se realizara tácitamente o, como lo ha expresado la Corte, a espaldas del Estado. Ahora bien, si a partir del contenido del artículo 42 de la Constitución así determinado se analiza la posibilidad de que exista un vínculo jurídico que sirva a la formalización de la voluntad responsable de conformar una familia, expresada por las parejas del mismo sexo, es evidente que en el texto del citado precepto superior no existe expresa mención de ninguna institución que cumpla tal propósito y que, por el contrario, la referencia explícita aparece prevista para el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Esa expresa previsión y el especial contenido protector ligado a ella suelen ser equiparados a la prohibición total de que se instaure cualquier institución que permita hacer surgir la familia conformada por homosexuales de un vínculo jurídico de orden contractual que formalice el consentimiento libremente expresado por la pareja del mismo sexo y que, a la vez, distinga este compromiso del vínculo natural surgido de la unión de hecho, a la cual ya tienen acceso.

La Corte considera que una conclusión semejante es apresurada si se tiene en cuenta que a la pareja homosexual también la asiste la vocación para conformar familia y que, con tal propósito, principalmente los derechos al libre desarrollo de la personalidad de sus integrantes y a la igualdad imponen que de la misma

manera como los miembros de la pareja heterosexual pueden escoger libremente entre el vínculo natural y el vínculo jurídico para dar origen a la familia, los integrantes de la pareja homosexual deben disponer de la posibilidad de optar que actualmente no tienen, pues falta una institución de índole contractual que, en su caso, concrete el vínculo jurídico que dé lugar a la constitución formal y solemne de su familia.

Esta apreciación surgida de la consideración de los derechos de las personas homosexuales no contradice el reconocimiento constitucional del matrimonio heterosexual y de la familia originada en su celebración ni su expresa protección, por la sencilla razón de que ese reconocimiento y esa protección no sufren mengua por el simple hecho de que se establezca una institución que permita formalizar, como vínculo jurídico, la relación entre dos personas del mismo sexo y cuya ausencia torna evidente un innegable déficit de protección que debe ser superado.

No se trata, entonces, de desconocer el matrimonio heterosexual y su protección constitucionalmente ordenada, sino de atender el imperativo superior de ampliar la cobertura protectora mediante el establecimiento de una institución contractual que responda a las necesidades de protección de las parejas del mismo sexo, a las que les falta un mecanismo que torne factible el reconocimiento formal y solemne de su unión y que contribuya a asignarle deberes y derechos recíprocos a los miembros de la pareja, así como a velar por su efectivo cumplimiento.

En los términos que se acaban de exponer resulta claro que el reconocimiento constitucional del matrimonio para los heterosexuales y su consiguiente protección expresamente contemplada en la Carta no implican, necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja homosexual de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado.

En efecto, la expresa alusión al matrimonio heterosexual y la ausencia de cualquier mención al vínculo jurídico que formalice la unión entre personas del mismo sexo no comportan una orden que, de manera perentoria, excluya la posibilidad de instaurar un medio por cuya virtud la familia conformada por homosexuales pueda surgir de un vínculo jurídico, pues el contenido del artículo 42 superior no está en contradicción con los derechos de las parejas homosexuales y por lo tanto, tampoco impide que se prevea una figura o institución jurídica contractual que solemnice la relación surgida de la expresión libre de la voluntad de conformar una familia con mayores compromisos que la originada en la simple unión de hecho.

Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas heterosexuales está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisión implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el

ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica.

No se puede negar que, en razón de las connotaciones institucionales de la familia, el artículo 42 manda que el matrimonio sea el vínculo jurídico del que surjan las familias conformadas por parejas heterosexuales, pero de ese mandato no se desprende como consecuencia lógica que se impida la previsión de un mecanismo que les ofrezca a las parejas conformadas por personas del mismo sexo formalizar su unión y decidir, autónomamente, darle la categoría correspondiente a un vínculo jurídico haciendo uso de tal mecanismo.

De lo expuesto se deduce que la posibilidad de prever una figura o institución contractual que les permita a las parejas homosexuales constituir su familia con fundamento en un vínculo jurídico no está constitucionalmente prohibida y, fuera de lo anotado, se debe reparar en que una restricción tan severa al ejercicio de derechos constitucionales fundamentales, como sería la prohibición, no puede deducirse con base en una simple interpretación, sino que ha de venir explícitamente contemplada y ya se ha señalado que la Constitución menciona el matrimonio heterosexual y nada dice respecto de las uniones homosexuales, luego no hay texto expreso que sirva de soporte a la pretendida prohibición de establecer una figura o institución que formalice la unión de la pareja homosexual haciendo de ella un vínculo jurídico constitutivo de familia.

Si alguna prohibición se advierte, no se relaciona con la existencia de tal figura o institución contractual, sino con los límites que se deben observar al instituirlos, límites que, principalmente, tienen que ver con la no afectación del reconocimiento y la expresa protección que el artículo 42 contiene respecto del matrimonio como institución que, por mandato constitucional, da origen al vínculo jurídico constitutivo de la familia conformada por la pareja heterosexual.

La Constitución no es un orden cerrado y estático y menos puede serlo en una materia que, como ampliamente se ha expuesto, está sometida a una constante evolución que no puede ser ignorada por el ordenamiento, de lo cual fue consciente el propio constituyente al prever que, además del matrimonio, la familia puede constituirse por la voluntad responsable de conformarla que, según se ha señalado, sirve de fundamento a un amplio conjunto de modalidades familiares y no solo a la surgida de la unión de hecho de parejas heterosexuales.

Conforme se ha afirmado en la doctrina, una cosa es lo garantizado por el derecho y otra lo jurídicamente posible, de modo que “lo constitucionalmente garantizado no agota, pues, lo constitucionalmente admisible”¹³⁷, como lo demuestra, precisamente, el replanteamiento del concepto de familia protegida

¹³⁷ Cfr. JULIO V. GAVIDIA SANCHEZ, “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, Núm. 61. Enero- abril de 2001. Págs. 49 y 50.

que da lugar a variados tipos familiares, cuya protección constitucional no depende de que cada uno de esos tipos esté expresamente mencionado en la Carta, ni está impedida por la mención explícita que el Constituyente ha hecho de unas cuantas familias socialmente más difundidas y corrientes.

En este mismo sentido procede advertir que, de acuerdo con lo indicado, la protección que en sentencias tales como la C-075 de 2007 y la C-029 de 2009 se les reconoció a las parejas del mismo sexo se planteó desde la perspectiva de sus derechos y a partir de lo que previamente se había reconocido a favor de los integrantes de las uniones maritales de hecho y que ese reconocimiento favorable a las parejas homosexuales ha llevado a que se proteja su unión de hecho y a que se le tenga por familia originada en un vínculo natural, e igualmente fundada en la voluntad responsable de conformarla, sin que para tal efecto haya sido requisito indispensable la expresa mención constitucional de esta clase de unión de hecho o se haya erigido en impedimento la falta de tal señalamiento explícito.

Finalmente, la Corte considera de interés precisar que a lo anterior no se opone el carácter institucional del matrimonio heterosexual, ya que, fuera de que lo institucional no invalida el contenido de derechos ligados a la materia examinada, según el artículo 5º superior y el propio artículo 42 no es solo la familia surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales la que tiene ese carácter, sino toda familia, motivo por el cual el mandato de protección derivado de la índole institucional de la familia cobija a la integrada por parejas del mismo sexo, lo que, se reitera, no comporta desconocimiento o merma del reconocimiento y de la protección especial que el Constituyente dispuso a favor de la familia heterosexual originada en el matrimonio.

Resulta de gran importancia puntualizar que el reconocimiento jurídico de la unión conformada por las parejas del mismo sexo debe tener carácter contractual, porque el contrato es el instituto previsto en el ordenamiento jurídico para otorgarle carácter vinculante a las declaraciones de voluntad de las personas, de modo que no cualquier reconocimiento jurídico resulta apto para superar el señalado déficit de protección, sino el surgido de un vínculo contractual.

4.5.3.3. Síntesis en relación con la constitución de la familia por parejas del mismo sexo

La unión marital de hecho con que cuentan las parejas del mismo sexo es alternativa disponible pero insuficiente cuando se trata de la constitución de la familia conformada por la pareja homosexual, porque su previsión como único mecanismo para dar lugar a esa clase de familia implica un déficit de protección que ha sido puesto de manifiesto por los actores, con argumentos que la Corte comparte, y también por el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por ende, de la autonomía y la autodeterminación personal.

En efecto, las parejas heterosexuales que deseen conformar una familia tienen a su alcance dos maneras de lograrlo, a saber: el matrimonio y la unión marital de hecho, siendo de su libre decisión optar por alguna de ellas, según que voluntariamente quieran someterse a las regulaciones propias del matrimonio o escapar de ellas, mientras que, si se insiste en que la unión de hecho es la única alternativa para los homosexuales, las parejas del mismo sexo solo contarían con esa opción, luego el ejercicio de su autonomía y autodeterminación personal les estaría notoriamente vedado, pues no tendrían posibilidad de escoger la manera de hacer surgir su unión familiar y se verían precisadas a asumir su convivencia estable como unión de hecho, con todo lo que ello implica.

Quiere decir lo anterior que para lograr que el derecho al libre desarrollo de la personalidad les sea respetado a los homosexuales y que en el ámbito de las regulaciones sobre la familia se supere el déficit de protección al que están sometidos, hace falta en el ordenamiento una institución contractual, distinta de la unión de hecho, que les permitiera optar entre una constitución de su familia con un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirla como una unión de hecho que ya les está reconocida.

Es claro, entonces, que actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales.

En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales.

No se puede desconocer que en esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho cuando de formar familia se trate, o quede sujeta a lo que la Corte vaya concediendo, siempre que tenga la oportunidad de producir una equiparación en un campo específico.

Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las

exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual.

No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación homosexual, que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia.

4.5.3.4. La fijación del alcance de la institución contractual que permita formalizar el vínculo de las parejas homosexuales

Una vez establecido que, en garantía de los derechos constitucionales invocados tiene cabida, respecto de las parejas homosexuales, una figura distinta de la unión de hecho con el propósito de ser una alternativa válida para la constitución de la familia conformada por una pareja del mismo sexo, surge un interrogante relativo al alcance que, en el derecho colombiano, podría tener una institución contractual de esta índole, ya que en las demandas se hace recurrente alusión al carácter asimilable de la unión de homosexuales con vocación de permanencia al matrimonio y, con base en esa situación “analogizable”, se solicita que el régimen del matrimonio civil cobije también a las parejas del mismo sexo, pues, según los actores, esa sería la única manera de dar adecuada respuesta al déficit de protección.

Sobre esta cuestión procede observar que lo permitido a la Corte es verificar, con fundamento en la sola interpretación constitucional, la validez de la opción de acudir a una figura de tal índole, para que, en guarda de sus derechos constitucionales, la pareja homosexual tenga la misma posibilidad de escoger entre varias alternativas que tiene la pareja heterosexual al momento de constituir una familia.

En concordancia con lo que se acaba de advertir, la decisión acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas homosexuales decididas a conformar familia y su desarrollo concreto no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República, entre otras razones, porque fuera de ser el foro democrático por excelencia, además de la faceta de derechos, la familia es la institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y su trascendencia social impone su protección mediante medidas que el órgano representativo está llamado a adoptar, con límites que pueden provenir del componente de derechos inherente a la familia o a sus miembros individualmente considerados.

Los demandantes refutan la anterior tesis y alegan que para superar la discriminación y el déficit de protección la Corte debería actuar conforme lo ha hecho en otras oportunidades y, especialmente, en sentencias tales como la C-075 de 2007 o la C-029 de 2009 y que la asimilación total de la institución contractual que formalice el vínculo entre homosexuales al matrimonio estaría dentro de su marco competencial y, más aun, que los derechos en juego impondrían que esa equiparación absoluta se haga por la vía de la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, además de reiterar el carácter institucional de la familia que le abre amplias posibilidades regulativas al legislador, resulta necesario atenerse a lo que se expuso en las providencias que extendieron el ámbito de protección para que comprendiera a las parejas homosexuales. Así, no se puede olvidar que, ya desde la Sentencia C-075 de 2007, la Corporación, con apoyo en la sentencia C-098 de 1996, puso de presente la existencia de “diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales” y añadió que, como consecuencia de esas diferencias, no hay “un imperativo constitucional de dar tratamiento igual a unas y otras”, correspondiéndole al legislador “definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento”.

Retomando estos criterios, en la Sentencia C-029 de 2009, la Corte puntualizó que, en la medida en que existen “diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras”, por lo cual, “es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria”.

Y, en la misma providencia, la Corporación reiteró que es improcedente “efectuar un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contraria a la Constitución”, puesto que “se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria”.

Para oponerse a los anteriores argumentos se podría sostener que la Corte se encuentra ante situaciones concretas y perfectamente asimilables, pues, al fin de cuentas, se trata del matrimonio y de una institución concebida para las parejas homosexuales que constituirían dos supuestos específicos, susceptibles de ser tratados de igual modo en la jurisprudencia constitucional, llamada a operar la asimilación, dado el carácter “analogizable” de las figuras.

En relación con estas objeciones, la Corte estima conveniente enfatizar que la comparación entre el matrimonio y la institución contractual que tendría que crearse para atender las necesidades de protección de las parejas homosexuales no puede limitarse a un aspecto tan puntual como la constitución de la familia, porque cada una de esas figuras jurídicas comprende un elevado número de materias regulables, así como un sinnúmero de relaciones jurídicas proyectadas en distintas áreas del ordenamiento, más allá del derecho civil y del derecho privado en general.

En suma, lo que hasta ahora la Corte ha considerado, se ubica en el plano de la interpretación constitucional y no compromete a ninguna ley, por lo cual no es acertado hablar de la configuración de una omisión legislativa de carácter relativo y, no obstante eso, la Corporación estima de importancia efectuar algunas consideraciones referentes a la analogía.

Doctrinariamente y en la práctica del control de constitucionalidad adelantado por esta colegiatura se ha aceptado que, cuando las circunstancias lo permiten, ciertos supuestos de omisión relativa e inconstitucional puedan ser superados mediante la analogía, demostración de lo cual se halla en las citadas Sentencias C-075 de 2007 y C-029 de 2009 que, en forma por demás recurrente, se refieren al carácter “asimilable” de las situaciones concretas y amplían la protección, siempre y cuando “en relación con cada una de las disposiciones demandadas, la situación de las parejas heterosexuales y homosexuales es asimilable”, caso en el cual la diferencia de trato resulta del “carácter restrictivo que, en general, tienen las expresiones compañero o compañera permanente”.

Ha de repararse en que el carácter analogizable al que se refieren los demandantes se ha presentado en situaciones concretas, delimitadas por los supuestos normativos previamente proporcionados por el legislador y que, precisamente, la protección de la Corte se ha concedido respecto de específicos beneficios, prestaciones o cargas que el legislador, de manera restrictiva, reservó a las parejas heterosexuales que conforman una unión de hecho, debido a lo cual bastó con extender el demarcado ámbito de protección con la finalidad de que también cobijara a las parejas homosexuales.

Doctrinariamente se ha destacado que el recurso a la analogía es de gran utilidad cuando el juez constitucional enfrenta cuestiones en las que normalmente hay un amplio desacuerdo en la sociedad plural y se encuentran involucradas disputas de profunda índole moral, pues limitándose a extender a otras personas o grupos el ámbito de los cobijados por alguna medida específica, da una respuesta basada en lo que el legislador ha dispuesto en relación con un caso asimilable a la situación concreta no prevista en el respectivo precepto, manteniéndose dentro del ámbito de sus competencias, con total respeto por la facultad configurativa del legislador, cuyas competencias no resultan invadidas por la sentencia constitucional.

La bondad de la analogía radica en que, no obstante las disputas y desacuerdos entre distintos grupos y personas, es posible ponerse de acuerdo en una regla, pero esa regla tiene que ser concreta para sustraer al juez de las altas discusiones filosóficas o morales y permitirle decidir sobre temas complejos con un grado bajo de abstracción, basado en las reglas específicas y en las condiciones particulares de los casos que, a partir del derecho a la igualdad, permitan dilucidar cuáles situaciones deben ser tratadas de manera igual y cuáles de manera diferente, en forma tal que las grandes y profundas discrepancias se surtan y tengan su trámite en los foros de deliberación democrática¹³⁸.

Puede que esta teoría, como el textualismo, no sea aplicable en todos los eventos, pero en el que ahora ocupa la atención de la Corte ofrece la posibilidad de precisar el campo de operatividad de la analogía que suele ser la situación concreta y sus elementos específicos y no el ámbito enorme, complejo, polifacético y debatido de figuras tales como el matrimonio o la institución que permita solemnizar el vínculo contractual al que libremente quieran someterse las parejas homosexuales, en cuyo caso las discrepancias, del orden que sean, si no están resueltas en la Constitución misma o en la ley, deben ser abordadas principalmente por el Congreso de la República.

Con acierto se ha escrito que cuando jurisprudencia como la de la Corte Constitucional ha señalado que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, no hay un imperativo constitucional de darles tratamiento igual, ya que, a causa “de la no semejanza de supuestos”, es improcedente la analogía total y, por consiguiente, al juez constitucional le corresponde actuar de manera singular, examinar aspectos concretos, ya patrimoniales o personales, siempre que para cada supuesto haya figuras afines en el ordenamiento¹³⁹.

Importa destacar que, de acuerdo con la Corte, la determinación “del tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido”, por lo cual, “al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales”, aunque sí le compete determinar si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida¹⁴⁰.

En este orden de ideas, la decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica “la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo” y, por ello, la Corte Constitucional “no puede ordenar una

¹³⁸ Sobre el tema es de utilidad consultar a CASS SUNSTEIN, *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos*, Cali, Universidad ICESI, 2010. Págs. 203 y ss.

¹³⁹ Cfr. PEDRO A. TALAVERA FERNANDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales...* Págs. 39 y ss.

¹⁴⁰ Cfr. Sentencia C-507 de 2004.

protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social”¹⁴¹.

De las precedentes consideraciones, y en especial de los datos provenientes del derecho comparado, se desprende que el legislador tiene un amplio abanico de alternativas para regular lo concerniente a la institución contractual llamada a remediar el déficit de protección de las parejas homosexuales y que, por lo mismo, no le atañe a la Corte determinar cuál es esa específica institución, con qué alcance debe ser diseñada y mucho menos valerse de la analogía para procurar unas asimilaciones totales que anularían las competencias del Congreso de la República y le restarían legitimidad a esta sentencia.

Al legislador atañe, entonces, determinar la manera como se pueda formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él y, por lo tanto, la Corte entiende que al órgano representativo le está reservada la libertad para asignarle la denominación que estime apropiada para ese vínculo, así como para definir su alcance, en el entendimiento de que, más que el nombre, lo que interesa son las especificidades que identifiquen los derechos y las obligaciones propias de dicha relación jurídica y la manera como esta se formaliza y perfecciona.

En un panorama en el cual la homosexualidad se ha tornado más visible y goza de mayor aceptación, las reivindicaciones deben ventilarse no solo ante la Corte Constitucional, sino adicional y primordialmente ante el Congreso de la República, en cuyo seno, según la dinámica de la política, las minorías pueden aliarse a la representación de otros partidos y movimientos para configurar, permanentemente o en relación con un tema, una coalición mayoritaria capaz de sacar adelante proyectos en los que tenga interés un grupo o sector, así sea minoritario.

Como lo expresaron los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, en aclaración de voto a la Sentencia C-098 de 1996, “se abre un espacio de controversia y reivindicación de pretensiones de justicia, que deben tramitarse en el foro público de la democracia”, sin que pueda esperarse “que el expediente fácil de una interpretación analógica, sustituya lo que debe ser fruto de una decidida y valerosa lucha política”.

4.6. Análisis de los cargos esgrimidos en contra de la expresión “un hombre y una mujer” del artículo 113 del Código Civil

Con fundamento en las consideraciones que preceden corresponde ahora analizar los cargos formulados para cuestionar la constitucionalidad de la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil y sobre el particular cabe recordar que el principal cuestionamiento consiste en que se restringe el matrimonio a las parejas conformadas por

¹⁴¹ Ibidem.

personas homosexuales, reservándolo a las parejas integradas por heterosexuales.

Ampliamente se ha discurrido aquí acerca de que, de conformidad con una interpretación literal del artículo 42 de la Carta, se puede concluir que el Constituyente de 1991 le confirió un especial tratamiento al matrimonio al preverlo en relación con las parejas heterosexuales, por lo cual no se aprecia inconstitucionalidad en la mención que el artículo 113 del Código Civil hace del hombre y la mujer, en cuanto autorizados para celebrar el matrimonio, pues ello se aviene a las prescripciones superiores.

Como quiera que, tratándose del matrimonio y de su requisito de heterosexualidad, no hay oposición entre las exigencias del artículo 13 superior y el contenido del artículo 42 de la Carta, es inadmisibles predicar la existencia de una discriminación proveniente del segmento tachado de inconstitucional, debiendo aclararse que si, dentro de la variedad de familias constitucionalmente protegidas, la Carta brinda una especial protección a la surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales, ello no significa desprotección del resto de familias que también son institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, ni la existencia de un propósito discriminador, que tampoco se encuentra en el artículo 113 del Código Civil, pues, pese a su antigüedad más que centenaria, recogió la realidad de su tiempo de la misma forma como lo hizo la Constitución, al brindarle especial atención a la familia heterosexual surgida del matrimonio, entre otras razones, porque en ninguno de los dos momentos había cobrado visibilidad la realidad homosexual, que solo vino a plantear reivindicaciones públicas en las postrimerías del siglo XX.

En contra de lo señalado por los actores, en lo que hace al matrimonio, no es cierto que el artículo 113 del Código Civil esté afectado por una omisión legislativa de carácter relativo, pues se limita a regular el matrimonio entre heterosexuales de un modo compatible con la Carta que, conforme se ha indicado, cuenta con expresa previsión en el artículo 42 superior, lo que no se opone a que el legislador defina los caracteres y alcances de una institución que, brindándole a las parejas homosexuales la alternativa de formalizar su unión, torne posible superar el déficit de protección anotado que no tiene su origen en la expresión acusada del artículo 113 de la codificación civil.

En lo referente a las interpretaciones del artículo 42 de la Constitución, formuladas por los demandantes, es suficiente recordar que la Corte ha replanteado la interpretación del citado precepto constitucional, lo que la ha conducido a reconocer la familia integrada por la pareja homosexual estable y a sostener que constitucionalmente existe una exigencia de superar el comprobado régimen de protección mediante la introducción de una figura jurídica que permita a las parejas conformadas por homosexuales optar por una forma contractual solemne de constituir su unión, distinta de la unión de hecho que, aunque actualmente está a su disposición, no alcanza a superar el déficit advertido en esta sentencia.

En las condiciones anotadas y dado que el diseño de la referida institución contractual corresponde al legislador que todavía no la ha instaurado, tampoco hay lugar a la realización del test estricto de proporcionalidad solicitado en la demanda D-8376, ya que el segmento acusado del artículo 113 del Código Civil se ocupa de la regulación del matrimonio entre heterosexuales expresamente reconocido en el artículo 42 de la Carta y, por lo tanto, no incurre en omisión legislativa de carácter relativo, por lo cual no hay inconstitucionalidad en la expresión demandada, menos aun si con base en la interpretación de la Carta, efectuada en clave de los derechos fundamentales de las personas homosexuales, la Corte concluyó que una institución contractual proporcionada por el legislador es la adecuada para superar el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo.

Conforme se ha indicado, los restantes derechos que los libelistas consideran violados, tales como el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía, la autodeterminación voluntaria, la intimidad o la dignidad humana han sido analizados y protegidos a los homosexuales en la presente sentencia y de conformidad con sus fundamentos, de modo que de esos derechos tampoco puede derivarse la inconstitucionalidad de la expresión “un hombre y una mujer” del artículo 113 del Código Civil.

En la demanda D-8367 se formula un cargo referente a la supuesta anulación de la condición humana de la persona homosexual y al trato degradante que implicaría el impedirles el acceso al matrimonio, cargo sobre el cual solo cabe anotar que nada de eso se deriva de la expresión demandada del artículo 113 del Código Civil, que a ninguna persona obliga a renunciar “a su orientación sexual, sea cual fuere” o a contraer matrimonio, ni instrumentaliza al ser humano, por lo cual el ataque carece de certeza y es inepto¹⁴².

También es inepta la acusación planteada en esa misma demanda por violación de tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, porque, de conformidad con lo sostenido en la sentencia acabada de citar, “los instrumentos internacionales, al igual que las normas acusadas, se refieren a que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer” y no cabe deducir “que el derecho internacional de los derechos humanos establece una obligación a los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como lo ha afirmado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, sino que, por el contrario “tribunales de derechos humanos han validado que de manera objetiva el texto internacional no obliga a los estados al matrimonio de parejas homosexuales”, de donde surge que el cargo incumple el requisito de certeza, pues la lectura del demandante en modo alguno es atribuible a la expresión demandada”¹⁴³.

Como quiera que la expresión demandada será declarada exequible, por cuanto, a la luz de lo prescrito en el artículo 42 superior, la forma matrimonial prevista

¹⁴² En este sentido consúltese la Sentencia C-886 de 2010.

¹⁴³ *Ibidem*.

en el artículo 113 del Código Civil es, por excelencia, una posibilidad legítima y válida, no resulta indispensable que en la parte resolutive se declare la ineptitud sustancial de la demanda en lo referente a los dos últimos cargos, pues basta limitar la declaración de exequibilidad a los cargos efectivamente analizados por la Corte.

Se debe mencionar que el conjunto de consideraciones vertidas en esta decisión torna inútil el análisis de las peticiones subsidiarias formuladas en la demanda D-8376, porque la evidente exequibilidad del aparte demandado del artículo 113 del Código Civil impide considerar otras opciones decisorias y adelantar otro tipo de análisis que fueron solicitados sobre la base de que la Corte admitiera la inconstitucionalidad del segmento acusado, lo que no ha ocurrido.

Tampoco procede la integración normativa con todas las disposiciones referentes al matrimonio, ya que, de un lado, esa clase de integración es excepcional y la hipótesis que la justifica es, precisamente, la inconstitucionalidad, pues se debe evitar que su declaración resulte inane porque subsistan en el ordenamiento otras disposiciones que mantengan contenidos ya juzgados como contrarios a la Constitución y, de otro lado, no cabe un pronunciamiento general, porque no se ha declarado la inconstitucionalidad y porque la Corte no puede proceder a realizar una igualación partiendo de máximos, como los involucrados en instituciones tales como el matrimonio o la que se prevea para los homosexuales que, se repite, comportan el establecimiento de regímenes que involucran muy diversas y abundantes materias que compete al legislador desarrollar.

Al respecto cabe mencionar que en la Sentencia C-029 de 2009 la Corte se abstuvo de efectuar “un pronunciamiento de carácter general, conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución” y también se abstuvo de integrar unidad normativa con todas aquellas disposiciones de las que pudiera “derivarse una diferencia de trato o un déficit de protección para las parejas homosexuales”, requiriendo presentar razones en cada caso concreto para demostrar la desprotección y el carácter asimilable de los dos tipos de pareja.

En las condiciones anotadas, tampoco procede el estudio de la adopción por parejas del mismo sexo, propuesta en un anexo a la demanda, ya que igualmente falta el presupuesto de inconstitucionalidad que habría abierto la puerta a examinar si procedía adelantar ese análisis, fuera de lo cual no se ha demandado ninguna disposición concreta relativa a la prohibición de este tipo de adopciones, ni el debate ha girado alrededor de esta cuestión que, en consecuencia, no ha sido materia prioritaria en las intervenciones ciudadanas.

5. Cargos en contra de la expresión “de procrear” contenida en el artículo 113 del Código Civil

En cuanto a la expresión “de procrear”, del artículo 113 del Código Civil, la acusación versa sobre el desconocimiento de los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, que garantizan la opción de no tener ningún hijo, así como sobre el desconocimiento de los derechos de la mujer, dado que debe asumir cargas especiales, en razón de cuestiones biológicas y culturales relacionadas con la reproducción de la especie.

El planteamiento supone que, en la forma como aparece mencionada en el artículo 113 del Código Civil, al considerarla uno de los fines del matrimonio, la procreación implica una imposición a los contrayentes, quienes no podrían, en ningún caso, sustraerse de ella y sucede que eso no es así, porque el matrimonio genera una vinculación jurídica que surge del consentimiento expresado por la pareja heterosexual, mas no de su aptitud para procrear, lo que puede o no suceder y, en caso de no acontecer, no suprime el carácter de familia al cual han accedido los cónyuges en virtud de la expresión de su consentimiento.

Por esa razón es factible el matrimonio de ancianos, el matrimonio *in extremis* o el celebrado por personas conscientes de su infertilidad o que, con fundamento en respetables criterios, han decidido no tener hijos e incluso abstenerse de mantener relaciones sexuales, habida cuenta, además, de que, conforme se ha expuesto, toda familia se funda en el afecto y la solidaridad que alientan el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la feliz realización de cada uno de sus integrantes. Más aun, la unión sexual de la pareja, orientada a la reproducción, puede darse y, pese a ello, frustrarse el propósito de engendrar descendencia por circunstancias no dependientes de la voluntad de los esposos.

La procreación no es, entonces, una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Los mismos demandantes, en apartado posterior de su escrito admiten que “la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato”.

Ciertamente el artículo 42 de la Constitución establece que “la pareja tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y como tantos derechos, entre ellos los relativos a la familia y al matrimonio, tiene una faceta positiva y una faceta negativa. De acuerdo con su faceta positiva, la pareja tiene la facultad para decidir tener hijos en la cantidad que libremente resuelvan los esposos, pero de acuerdo con la faceta negativa libremente los cónyuges tienen la prerrogativa de decidir no tener descendencia. Así lo ha

estimado la Corte al señalar que la libertad de fundar una familia tiene dimensiones positivas y negativas e incluye “la libertad de reproducirse o no hacerlo”¹⁴⁴.

El contenido del derecho está integrado por las dos facetas y no solo por la negativa como lo entienden los demandantes, motivo por el cual su interpretación del establecimiento de la procreación como finalidad del matrimonio es desacertada, pues no existe imposición alguna en el sentido de tener hijos. Así, en caso de optar por no tenerlos, la decisión de la pareja tiene respaldo jurídico, pero si deciden tenerlos el apoyo legal dado por la inclusión de la procreación como fin del matrimonio es importante para la pareja y, sobre todo, para los hijos habidos en el matrimonio, quienes tienen derecho a su familia biológica y son sujetos de especial protección constitucional.

En cuanto al papel de la mujer en relación con la reproducción, cabe apuntar que las consecuencias negativas aducidas por los actores no tienen su origen en la disposición atacada, que se limita a incluir la procreación como fin del matrimonio, pero no ordena que la mujer tenga que asumir cargas agobiantes, lo que más bien proviene, como dicen los actores, de causas biológicas o culturales que no son creadas ni alentadas por la expresión demandada, debiéndose tener en cuenta que, según la Constitución, la decisión acerca del número de hijos no puede ser el resultado de la imposición de uno de los cónyuges al otro, sino que ha de ser tomada por “la pareja”, que incluye a la mujer.

En las condiciones anotadas, los cargos formulados en contra de la expresión “de procrear” carecen de certeza, pues no se fundan en significados plausibles del texto acusado y, en consecuencia, son sustancialmente ineptos.

6. Cargos de inconstitucionalidad en contra de la expresión “de un hombre y una mujer” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009

En la demanda D-8376 los demandantes también dirigen sus acusaciones en contra de la expresión “de un hombre y una mujer”, contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, leyes que, respectivamente, se ocupan de la violencia intrafamiliar y de la protección integral de la familia.

Característica especial de las disposiciones a las cuales pertenece la referida expresión es que reproducen textualmente el primer inciso del artículo 42 de la Constitución, pues en la parte pertinente coinciden en señalar que la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

¹⁴⁴ Cfr. Sentencia C-507 de 2004.

Sobre el particular la Corte ha indicado que cuando las disposiciones demandadas reproducen textualmente la Constitución, “su validez sustantiva o validez en estricto sentido, entendida como el hecho de que una norma de inferior jerarquía no contradiga las disposiciones superiores, en principio está fuera de discusión”, porque “no puede haber contradicción entre dos normas, cuando una es idéntica a la otra”, por lo cual “la identidad excluye lógicamente la contraposición” y la eventual declaración de inconstitucionalidad equivaldría a la inexequibilidad del precepto constitucional¹⁴⁵.

Siendo así, el examen de constitucionalidad realmente debería efectuarse sobre el texto constitucional reproducido, lo que es improcedente, razón por la cual, dado que en este caso las normas legales parcialmente demandadas reproducen preceptos constitucionales, la Corte se inhibirá, sin perjuicio de lo cual se advierte que la interpretación del primer inciso del artículo 42 superior es la adoptada en esta sentencia.

7. Exhorto dirigido al Congreso de la República

Puesto que del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador, que no hay lugar a que en esta sentencia la Corte proceda a diseñarla y a fijar su alcance y que no cabe una sentencia de inexequibilidad diferida, pues no se ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos acusados, dada la importancia de la materia y de los derechos involucrados, la Corporación considera pertinente dirigir un exhorto al Congreso de la República, a fin de que se ocupe del análisis de la cuestión y de la expedición de una ley que, de manera sistemática y organizada, regule la comentada institución contractual como alternativa a la unión de hecho.

La Sala destaca que, como siempre, el exhorto se formula con total respeto hacia la facultad de configuración que le corresponde al Congreso de la República, para propiciar la colaboración entre la Corte y el órgano representativo por excelencia y en procura de garantizar la atención de los derechos de los asociados, mas como quiera que el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo es evidente y reclama urgente respuesta institucional, la Corporación estima indispensable fijar un término para que el Congreso de la República expida la regulación que respetuosamente se le solicita.

La duración del término en el cual se espera que el órgano representativo expida la regulación destinada a superar el déficit de protección depende de la importancia de la materia y en este caso la Corte observa que la ausencia de

¹⁴⁵ Cfr. Sentencia C-1287 de 2001.

toda previsión tiene el efecto indeseable de prolongar la desprotección, pero también advierte que el Congreso requiere de un lapso suficiente para debatir un asunto controvertido y para darle el alcance que considere pertinente, de modo que la ponderación de las dos variables le permite concluir que dos legislaturas constituyen el tiempo adecuado para plantear y resolver el tema.

En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión.

En esta última hipótesis el Congreso de la República conservará su competencia legislativa sobre la materia, pues así lo impone la Constitución, pero tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha decidido y de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos *erga omnes* y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

Por ahora, es dable esperar que antes del 20 de junio de 2013 el legislador expida la ley que conduzca a superar el déficit de protección, habida cuenta de que muchas de las conquistas que históricamente han logrado grupos minoritarios o marginados son el resultado de la actuación del órgano representativo que, en distintas áreas, ha expedido leyes destinadas a enfrentar situaciones adversas a personas o a colectivos, generadas en prácticas o concepciones contrarias a la Constitución, hondamente arraigadas en el seno de la sociedad.

En consonancia con lo precedente, en la parte resolutive se exhortará al Congreso de la República a legislar sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, debiéndose indicar que con la utilización de esta fórmula, la Corte busca respetar la facultad de apreciación de las circunstancias que atañe al órgano de representación popular y el alcance que le otorgue a su decisión legislativa, de manera que, si lo estima conveniente, pueda incluso prohijar un entendimiento

de la expresión “parejas del mismo sexo”, más amplio que el empleado en esta sentencia.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “*un hombre y una mujer*”, contenida en el artículo 113 del Código Civil.

SEGUNDO.- Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “*de procrear*”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.

TERCERO.- Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “*de un hombre y una mujer*” contenida en los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales.

CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

QUINTO.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente
Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado
Con aclaración de voto
Con salvamento de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con aclaración de voto

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ANEXO

INTERVENCIONES

El Magistrado Sustanciador mediante Auto de 12 de enero de 2011, solicitó a la Secretaria General de esta Corporación fijar en lista, por el término de diez días, las normas acusadas dentro del proceso de referencia, con el fin de que todos los ciudadanos tuvieran la oportunidad de impugnar o defender las mencionadas demandas. De igual forma, en dicha providencia, se invitó a los decanos de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Andes, Nacional, del Atlántico y del Norte, a intervenir dentro del proceso.

De conformidad con lo anterior, el 7 de febrero de 2011, la Secretaria General de la Corte Constitucional comunicó que, de acuerdo a las comunicaciones libradas, se recibieron los siguientes escritos de intervención:

1) ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS

No	ENTIDAD	INTERVINIENTE
1)	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO	LUZ ALBA MARTÍN MIRANDA-SUBDIRECTORA JURÍDICA
2)	ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.	DEIDAMIA GARCÍA QUINTERO/ SECRETARIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL, MARÍA CRISTINA HURTADO SÁENZ/SUBSECRETARIA DE MUJER, GÉNEROS Y DIVERSIDAD SEXUAL DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE PLANEACIÓN
3)	DEFENSOR DEL PUEBLO	VOLMAR PÉREZ ORTÍZ
4)	PERSONERÍA DE MEDELLÍN	JAIRO HERRÁN VARGAS
5)	PERSONERÍA MUNICIPAL DE ARMENIA	CARLOS ANDRÉS TOBAR CASTAÑO/COORDINADOR DE GÉNERO Y DIVERSIDAD SEXUAL
6)	ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS-ONU	ANTONIO MENENDEZ DE ZUBILAGA/COORDINADOR DEL PROGRAMA DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD DE LA OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS

		PARA LOS DERECHOS HUMANOS
7)	POLO DEMOCRÁTICO ALTERNATIVO	CLARA LÓPEZ OBREGÓN/PRESIDENTE, ROBINSON SÁNCHEZ TAMAYO/COORDINADOR NACIONAL DEL POLO ROSA, GLORIA INÉS RAMÍREZ RÍOS/SENADORA DE LA REPÚBLICA POR EL POLO DEMOCRATICO ALTERNATIVO
8)	PARTIDO VERDE	ÁNGELA MARÍA ROBLEDO, ALFONSO PRADA/REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR EL PARTIDO VERDE
9)	UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO	NINA CHAPARRO GONZÁLEZ Y OTROS/ GRUPO DE ACCIONES PÚBLICAS - UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
10)	UNIVERSIDAD JORGE TADEO LOZANO	JAIRO MAURICIO PULECIO PULGARÍN/DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO PÚBLICO DE LA FACULTAD DE RELACIONES INTERNACIONALES Y CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
11)	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA	CESAR AUGUSTO SÁNCHEZ AVELLA/INSTITUTO DE ESTUDIOS SOCIALES Y CULTURALES-GRUPO DE INVESTIGACIONES “PENSAR (EN) GENERO”
12)	UNIVERSIDAD DE SANTANDER-UEDES	ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA/DIRECTORA DEL SEMILLERO EN JURISPRUDENCIA Y ACTIVISMO CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

13)	UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA UNIVERSIDAD MEDELLÍN	DE Y DE	LAURA CASTRO ORTÍZ/DIRECTORA GRUPO DE INVESTIGACIÓN “FILANTROPIA IURIS” DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA Y SERGIO ESTRADA VÉLEZ-GRUPO DE INVESTIGACIONES EN TEORÍA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
14)	UNIVERSIDAD DE LOS ANDES		ISABEL C. JARAMILLO SIERRA, JULIETA LEMAITRE RIPOLL Y OTROS/FACULTAD DE DERECHO
15)	UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA	DE	NÉSTOR OSUNA PATIÑO Y OTROS/FACULTAD DE DERECHO
16)	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA		LUZ GABRIELA ARANGO GAVIRIA/DEPARTAMENTO DE SOCIOLOGÍA
17)	UNIVERSIDAD DEL NORTE	DEL	JULIA SANDRA BERNAL CRESPO/PROFESORA PROGRAMA DE DERECHO/ UNIVERSIDAD DEL NORTE
18)	UNIVERSIDAD ATLÁNTICO	DEL	GASPAR HERNÁNDEZ CAAMAÑO/FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO
19)	GRUPO FEMM		LORENA FORERO OTÁLORA Y CIENTO UNO (101) CIUDADANAS MIEMBROS
20)	G&M DE COLOMBIA ABOGADOS		GERMÁN HUMBERTO RINCÓN PERFETTI Y OTRO
21)	WOMEN’S WORLDWIDE	LINK	LILIANA PARRA FONSECA, GLENYS DE JESÚS CHECO/APODERADAS JUDICIALES
22)	CORPORACION PRODIVERSIA		JUAN PABLO DÍAZ/PRESIDENTE
23)	COLOMBIA DIVERSA		LILIANA GUARÍN LÓPEZ/COMUNICADORA SOCIAL
24)	ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LESBIANAS,GAYS,	DE	GERMÁN HUMBERTO RINCÓN PERFETTI/

	BISEXUALES, TRANS,INTERSEXUALES	SECRETARIO SUPLENTE DE AMÉRICA LATINA
25)	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS CATÓLICOS	FELIPE GONZÁLO JIMÉNEZ MANTILLA/MIEMBRO
26)	COMUNIDAD DE CALI	TATIANA TABARES TOVAR Y TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES (393) MIEMBROS
27)	PROFAMILIA	HELENA MARÍA ISABEL PLATA TAMAYO/ASOCIACIÓN PROBIENESTAR DE LA FAMILIA COLOMBIANA
28)	GRUPO DE MADRES, PADRES Y FAMILIARES DE PERSONAS LESBIANAS, BISEXUALES Y TRANSGENERISTAS	NURY CRISTINA ROJAS TELLO/COORDINADORA DE LA ORGANIZACIÓN
29)	GRUPO DE JÓVENES LGTB DE BOGOTÁ	JAVIER BENÍTEZ/COORDINADOR
30)	CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD-DEJUSTICIA	VALENTINA MONTOYA ROBLEDO/INVESTIGADORA
31)	ASOCIACIÓN LESBIAPOLIS	LINA MARITZA CAMACHO LUCIO/REPRESENTANTE LEGAL
32)	COMITÉ PRODEFENSA DE LAS PENSIONES	ANA MARÍA GARCÍA GAMBOA Y OTRO/ MIEMBROS
33)	COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS	GUSTAVO GALLÓN GIRALDO Y OTROS CUATRO (4) MIEMBROS
34)	GRUPO DE APOYO A MAMÁS LESBIANAS	ELIZABETH CASTILLO VARGAS Y OTRO/COORDINADORAS DEL GRUPO
35)	CORPORACIÓN SISMA MUJER	CLAUDIA MEJÍA DUQUE/DIRECTORA Y TRES(3) MIEMBROS
36)	CORPORACIÓN CARIBE AFIRMATIVO	WILSON DE JESÚS CASTAÑEDA/DIRECTOR Y DOSCIENTOS TRES (203) MIEMBROS
37)	MAGAZINE NEMESIS TIMES	GUILLERMO OSPINA ARCINIEGAS/DIRECTOR

38)	INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DEL COMPORTAMIENTO HUMANO	EDWIN HERAZO ACEVEDO/DIRECTOR
-----	--	-------------------------------

2) CIUDADANOS QUE APORTARON “AMICUS CURIAE”

No.	INTERVINIENTE/CIUDADANOS (AS)	ENTIDAD/AMICUS CURIAE
1)	TATIANA FORERO TORRES	ORGANIZACIÓN COMUNIDAD HOMOSEXUAL DE ARGENTINA
2)	NADIA VIVIANA TACHA GUTIÉRREZ	CONSEJO NACIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS DE ARGENTINA-CONICET
3)	AYDA LUCÍA RAMÍREZ BOLIVAR	CONCEPTO DE LA ABOGADA Y DEFENSORA DE DERECHOS HUMANOS VENEZOLANA/TAMARA ADRIAN HERNÁNDEZ
4)	ASTRID ORJUELA RUÍZ	ORGANIZACIÓN MEXICANA OMBUDSGAY
5)	SUSAN J. HERRERA GALVIS	COGAM/ INFORME SOBRE LA REALIDAD SOCIAL DE LAS FAMILIAS FORMADAS POR LESBIANAS, GAYS Y SUS HIJOS/AS
6)	MARÍA ELENA VILLAMIL	COGAM/ INFORME SOBRE LA REALIDAD SOCIAL DE LAS FAMILIAS FORMADAS POR LESBIANAS, GAYS Y SUS HIJOS/AS
7)	ANGERSOLA OSPINA MORENO	INTERVENCIÓN DE LA JUEZA DEL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES/GABRIELA SEIJAS/JUEZ QUINCE DEL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

8)	MAURICIO GARCÍA VILLEGAS	CONCEPTO PROFESOR ROBERTO GARGARELLA
9)	CAROLINA ROA POLANCO	INTERVENCIÓN DEL PERIODISTA ARGENTINO BRUNO ANTONIO BIMBI/ SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE MASSACHUSETTS, ESTADOS UNIDOS

3) CIUDADANOS

No.	CIUDADANO(A) INTERVINIENTE
1)	CAMILA SOTO MOURRAILLE-INVESTIGADORA OBSERVATORIO DE DISCRIMINACIÓN RACIAL
2)	ANA MARÍA GARCÉS ESCOBAR
3)	ADRIANA PINILLA
4)	VALENTINA MONTOYA Y OTRO
5)	OSCAR AMAYA Y ANNIKA DALÉN
6)	SANDRA MILENA SANTA MORA Y OTRO
7)	MÓNICA SANTA Y OTRO
8)	ALEXANDER STREUBEL
9)	CLARA CHICA
10)	JUANA C.C. 53000774
11)	VERÓNICA C.C. 43725955
12)	C.C. 80417016
13)	C.C. 80184214
14)	ANGELICA VEGA PLATA
15)	C.C. 52068950
16)	YARLEDY CIFUENTES JIMÉNEZ
17)	ELIZABETH PENAGOS
18)	JAMES MONTENEGRO
19)	JANET CORREDOR
20)	LILIANA MONTENEGRO
21)	DAICY PLAZAS
22)	MARITZA OROSTEGUI
23)	KATIA URTEAGA VILLANUEVA Y OTROS
24)	LINA MARÍA SANTOS MERCHÁN Y OTRO
25)	MARÍA JOSÉ POSADA VENEGAS
26)	JAIME ALBERTO BENÍTEZ N.
27)	ALVARO JOSÉ PLATA G.
28)	MIGUEL ÁNGEL REYES TOVAR Y OTRO
29)	ALIX LÓPEZ MOLINA
30)	JORGE ALBA
31)	ELENA FORERO R.
32)	MARÍA MERCEDES VIVAS

33)	MANUEL NIETO ARANGO Y OTRO
34)	CRISTINA VILLAREAL Y OTRO
35)	MARILIN BARRETO B. Y OTRO
36)	GLORIA NANCY OROZCO R. Y OTRO
37)	SANDRA LILIANA CAICEDO TERÁN Y OTRO
38)	LIBIA MAGDALENA RODRÍGUEZ Y OTRO
39)	JORGE ORLANDO TORRES QUINTERO Y OTRO
40)	LAURA ROCÍO TORRES BETANCOURT Y OTRO
41)	VIVIANA MARÍA RODRÍGUEZ PEÑA Y OTROS
42)	MARÍA TERESA BLANCO SANZ
43)	JHANNER DIANEY OSORNO GÓMEZ
44)	RUBÉN DARÍO OROZCO BARRERA
45)	IRIS MARÍN ORTÍZ
46)	ANA MARÍA CÁRDENAS Y OTROS
47)	CLAUDIA LILIANA FLÓREZ OCAMPO Y OTRO
48)	MARÍA FERNANDA OSORIO ORTÍZ
49)	ALEXANDRA RIVERA PÉREZ
50)	JHOANA ALEXANDRA SALAMANCA SÁNCHEZ Y OTRO
51)	SERGIO GÓMEZ ESTEFAN
52)	JULIA RUÍZ NAVARRO Y OTROS
53)	ALEXANDRA OROZCO B. Y OTRA
54)	ALEE YAMIR SIERRA MONTAÑÉZ
55)	GUILLERMO AUGUSTO CUÉLLAR ORTÍZ Y OTRA
56)	JORGE EDUARDO AVILÁN ARISTIZABAL Y OTRO
57)	LUZ DARY DÍAZ
58)	JUAN DIEGO MEJÍA Y OTRO
59)	DAVID ESTEBAN ARTEAGA ROJAS
60)	ADRIANA E. GONZÁLEZ S.
61)	NATALIA MARÍA HOMYAK QUINTERO
62)	MIRELLA ROBAYO
63)	DAVID ÁNGEL
64)	WILLIAN MAURICIO MARTÍNEZ CRUZ Y OTRO
65)	VALERIA BONILLA RUÍZ
66)	LILIANA ÁLVAREZ
67)	GINA MARCELA SÁNCHEZ PARRA
68)	CLAUDIA SUSANA SÁNCHEZ PARRA
69)	JOSE RAMIRO VELÁSQUEZ GUAVITA
70)	CONSTANZA RAMÍREZ MOLANO
71)	CÉSAR AUGUSTO GRAJALES HINCAPIÉ
72)	SANDRA MARCELA ROJAS ROBAYO
73)	ANDRÉS ERNESTO ROJAS ROBAYO
74)	ANTONIO VALDERRAMA Y OTRO
75)	XIMENA ARIAS GARCÍA
76)	JUAN SEBASTIÁN JARAMILLO RINCÓN
77)	ERIKA RODRÍGUEZ GÓMEZ Y OTROS
78)	GUSTAVO ADOLFO NIÑO ROJAS Y OTRA

79)	LINA MARÍA CÉSPEDES BÁEZ
80)	ADRIANA CORTÉS PASTRANA Y OTRAS
81)	JONATHAN VANEGAS PARRA
82)	CAMILO ALBERTO ENCISO VANEGAS
83)	ANA MARÍA DÍAZ
84)	SERGIO ANDRÉS CORONADO Y OTROS
85)	ALEXANDRA MARCELA HERNÁNDEZ
86)	JAIME HUMBERTO CARO RESTREPO
87)	GUSTAVO ADOLFO NIÑO ROJAS Y OTRA
88)	ROLANDO RODRÍGUEZ CONDE Y OTRO
89)	GUSTAVO ADOLFO PÉREZ RODRÍGUEZ
90)	JUAN FELIPE MANTILLA RAMÍREZ
91)	MARTHA LUCÍA RINCÓN CHAPARRO
92)	JAIME ORLANDO ARDILA SALCEDO
93)	MELISSA NIETO FLÓREZ
94)	DIANA CAROLINA ROA POLANCO
95)	JUAN CARLOS ENRIQUEZ CABRERA Y OTRO
96)	SERGIO LEÓN SANTAELLA
97)	LIZ PÉREZ
98)	FABIÁN MAURICIO CHIBCHA ROMERO
99)	MARÍA MERCEDES GÓMEZ
100)	CARLOS ANDRÉS GARCÍA SILVA Y OTRO
101)	CAROLINA ROA POLANCO Y OTRO
102)	JONATHAN VANEGAS PARRA
103)	LAURA ELENA GÓMEZ TORREJANO
104)	LADY JOHANNA QUINTERO PALACIOS
105)	LILIBETH TOLOSA
106)	ÁNGELA MILENA SALAS GARCÍA
107)	LINA CONSTANZA ERAZO BARRERA
108)	DIEGO VARGAS DÍAZ
109)	FELIPE ZULETA LLERAS
110)	CARLOS CHOCONTÁ
111)	JULIÁN ALBERTO VÁSQUEZ GRAJALES
112)	SANTIAGO PARDO RODRÍGUEZ
113)	JUAN CAMILO ROA Y OTROS
114)	CECILIA HERNÁNDEZ
115)	MARÍA ELVIA DOMÍNGUEZ BLANCO
116)	GERMÁN PARRA GALLEGO
117)	VERÓNICA BOTERO Y OTRA
118)	ROLANDO RODRÍGUEZ CONDE Y OTRO
119)	ADRIAN HERNÁNDEZ
120)	MARIANA GÓMEZ GARCÍA
121)	DIEGO ALEJANDRO GARZÓN Y OTROS
122)	EDITH MARITZA OCHOA GARCÍA
123)	LUZ MARINA RAAD Y OTRA
124)	ALBERTO E. RINCÓN CHAPARRO

125)	ANDRÉS FELIPE ORTEGA GÓMEZ
126)	FERNANDO CAGUA
127)	FABIABY HERRERA
128)	OMAR CAMILO CALDERÓN Y OTRO
129)	DIANA MARCELA SALAS Y OTRA
130)	CATALINA LLERAS CRUZ Y OTRO
131)	ARGENSOLA OSPINA MORENO
132)	MARÍA ELENA VILLAMIL PEÑARANDA
133)	ANA MILENA MONTOYA RUÍZ Y OTRO
134)	MAURICIO OSPINA
135)	LORENA FERNÁNDEZ Y OTRO
136)	MELISA NIETO FLÓREZ
137)	JOHN EDUARDO IRAL CHALARCÁ
138)	PAULA FERNANDA SANDOVAL PÉREZ Y OTRA
139)	LUIS FERNANDO URREGO CLAVIJO
140)	LUCY CAROLINA FELIPE BOHÓRQUEZ
141)	JUAN DAVID OROZCO CARDONA
142)	JOHANNA MONCADA
143)	CLARA RINCÓN CHAPARRO
144)	JUDY SAMANTHA MOZO ESPINOSA
145)	PAULA FERNANDA SANDOVAL Y OTRA
146)	MATÍAS GONZÁLEZ GIL
147)	LUIS FERNANDO OROZCO BARRERA
148)	GERMÁN PARRA GALLEGO
149)	JUAN PABLO LONDOÑO RUÍZ
150)	ALBERTO RINCÓN MOLANO
151)	MIGUEL IGNACIO ROMERO PEÑA
152)	ADRIANA MARCELA PÉREZ RODRÍGUEZ
153)	RAFAEL ARTURO MANRIQUE
154)	MERY LAURA PERDOMO OSPINA
155)	VIVIANA MERCEDES HURTADO OSPINA Y OTRAS
156)	ISABEL CRISTINA BURITICÁ LÓPEZ Y OTRAS
157)	ANGELA MARIA MONTOYA CASTRO Y OTRAS
158)	ANGÉLICA DEL PILAR SÁNCHEZ BARBOSA Y OTRAS
159)	YENNY MANRIQUE Y OTRAS
160)	ADRIANA FLECHAS ZAMBRANO Y OTROS
161)	NORELY PÉREZ GARCÍA Y OTROS
162)	ANDREA JAZMÍN QUINTERO JERÉZ
163)	MARÍA FERNANDA CRISTANCHO BEATRÍZ Y OTROS
164)	JUALIANA RAMÍREZ PLAZAS Y OTROS
165)	LILIANA HERRERA GONZÁLEZ Y OTROS
166)	MARCELA CARDONA Y OTROS
167)	JOHANNA VERGARA Y OTROS
168)	ROSA CATALINA ROZO REINA Y OTROS
169)	LUISA FERNANDA PINZÓN Y OTROS
170)	PAOLA ANDREA RAMÍREZ DUQUE Y OTROS

171)	MARÍA ELENA RODRÍGUEZ Y OTROS
172)	ALEJANDRA ROJAS ROMERO Y OTROS
173)	MARÍA ALEJANDRA NEIRA HERNÁNDEZ Y OTROS
174)	AMALIA AGUDELO MOSCOSO Y OTROS
175)	JULIANA FRANCO CALVO Y OTRAS
176)	MAURICIO GARCÍA VILLEGAS Y OTRO
177)	CAROL ANDREA MELO TELLO
178)	MAURICIO ARIEL ALBARRACÍN CABALLERO
179)	GERMÁN HUMBERTO RINCÓN PERFETTI
180)	VIVIANA BOHÓRQUEZ MONSALVE
181)	CAMILA SOTO MOURRAILLE
182)	TATIANA TABARES TOVAR Y OTROS
183)	JOAQUÍN PALACIO
184)	OLGA LUISA VAN-COTTHEM DE VILLA Y OTROS
185)	CRISTIAN CAMILO MELO CORTES
186)	YAMILE PÉREZ
187)	C.C.51.980.054
188)	C.C. 17013939 Y OTRO
189)	RAFAEL H. SANABRIA JIMÉNEZ Y OTROS
190)	C.C. 41.418.734 Y OTRO
191)	NUBIA ESPERANZA ALARCÓN MARÍN
192)	ROSA LILIA TORRES Y OTROS
193)	RICARDO ANDRÉS BARÓN SALAZAR Y OTROS
194)	C.C. 23.754.542 Y OTRO
195)	ANGELA MARÍA GUTIÉRREZ Y OTRO
196)	MARCELA OTERO ORJUELA Y OTROS
197)	ANA MERCEDES RODRÍGUEZ GUIOT
198)	NADYA PATRICIA MÉNDEZ INFANTE
199)	C.C. 41.776.541
200)	GABRIEL FRANCISCO QUINTERO BETANCOURT Y OTRO
201)	BEATRÍZ GARZÓN Y OTROS
202)	C.C.41.751.053
203)	ROCIO ANGÉLICA FORERO ALDANA
204)	IVONNE ALEJANDRA CEPEDA LESMES
205)	JORGE ORLANDO GARCÍA NORATO
206)	JESÚS ARTURO HERRERA SALAZAR
207)	PEDRO NEL RUEDA GARCÉS
208)	YECID CELIS MELGAREJO
209)	IRMA SALAZAR AFANADOR
210)	CARLOS FRADIQUE MÉNDEZ
211)	LEIDY JULIED PRADA ÁLVAREZ
212)	FERNANDO MARTÍNEZ ROJAS
213)	RAQUEL AMALIA CASAS SÁNCHEZ
214)	CAROLINA GIRALDO
215)	NEYFFE HERNÁNDEZ
216)	JUAN D. JIMÉNEZ PÉREZ

217)	CONSTANZA GÓMEZ SEGURA
218)	MARÍA ALEJANDRA TRUJILLO VALENCIA Y OTRA
219)	ALVARO PUENTES VELÁSQUEZ
220)	CARLOS ROJAS
221)	HUGO CALLEJAS
222)	MAURICIO JIMÉNEZ
223)	GLORIA PRINO
224)	SANDRA P. RUÍZ SIERRA
225)	LUIS A. ARÉVALO CORTÉS
226)	DIANA MONTAÑA
227)	ROSA D. VARGAS FLÓREZ
228)	ERIELETH BARRERO
229)	JIMY A. RODRÍGUEZ
230)	JULIO C. OSORIO
231)	NELSON BLANDÓN
232)	CARLOS RISCO
233)	ESTEIDE MESA
234)	CARLOS CORTÉS
235)	ORESTE SANGREGORIO MONTENEGRO
236)	GLADIS CALDAS
237)	HEIDY M. SÁNCHEZ RAMOS
238)	WILLIAM E. SUÁREZ
239)	ANA MARÍA LUGO M.
240)	SERAFÍN ROJAS
241)	PAOLA GARCÍA R.
242)	DIANA P. FLÓREZ
243)	ELSYS PEDROZA M
244)	GERARDO CALLEJAS
245)	MARTHA J. PUENTES
246)	SANDRA L. BERRÍO CARDONA
247)	CLAUDIA GALEANO
248)	ELSA MARINA PRIETO
249)	LUZ MARINA ROA
250)	MONICA A. GRAJALES
251)	ANA MAHECHA DE OSPINA
252)	ANDREA MUÑOZ
253)	WILLIAM CAICEDO
254)	FRANCIA Y. CONTRERAS RAMÍREZ
255)	FLOR MENDIETA
256)	PAOLA BOLÍVAR
257)	YULI L. SUÁREZ C.
258)	OSCAR SÁNCHEZ
259)	DIANA ESPINOSA
260)	JULIA ESPINOSA
261)	GLADYS ÁVILA C.
262)	ZORAIDA BARRAGÁN ARANGO

263)	MARTHA C. HERRERA C.
264)	AURA MARÍA SICHAA
265)	ARGÉNIDA PÉREZ TRIANA
266)	LEIDIANA QUIROZ GÓMEZ
267)	JENNY ALEJANDRA NIÑO
268)	WILLIAM MANZANARES MORENO
269)	NATALIA ROMERO
270)	ALEJANDRO ROMERO SILVA
271)	HEIDY ÁNGEL
272)	MARTHA LUZ DARY NIÑO
273)	GRODWIN A. ROJAS CARDOZO
274)	MARLENE GARZÓN
275)	EDNA M. ORTÍZ BUITRA
276)	BLANCA C. ESPINOSA
277)	CÉSAR DARÍO ROJAS B.
278)	LUIS A. JAIMES REY
279)	MARITZA AMAYA
280)	SUSANA PÉREZ HERRERA
281)	SERGIO CASAS
282)	ANA BUSTOS
283)	VÍCTOR HUGO RUEDA MUÑOZ
284)	DILIA RIPOLL VELENDES
285)	MILLERLEINIA PALLARES
286)	SILVIA KARINA ROJAS SÁNCHEZ
287)	MARELYS TORRES LOZANO
288)	NOHORA TOBÓN
289)	JACOBO CRUZ
290)	MARTHA RODRÍGUEZ
291)	BENILDA PERDIGÓN
292)	KEIDY BENÍTEZ P.
293)	GIOVANNY HERNÁNDEZ C.
294)	MARTHA Y. PAYARES M.
295)	VIVIANA VÁSQUEZ
296)	CAROL XIMENA BOLAÑOS
297)	NANCY RODRÍGUEZ
298)	ÁNGELA GÓMEZ
299)	ANDRÉS CIT
300)	DORIS CORREA VILORIA
301)	LUIS A. GARCÍA.
302)	LEIDY MARCELA OCAMPO
303)	LUZ MARINA VENEGAS C.
304)	MARGARITA RODRÍGUEZ
305)	LUIS ALBERTO VÁSQUEZ
306)	NESTOR GAITÁN
307)	ELVIS RANGEL
308)	MERCY E. CAMARGO

309)	NATALY ESQUIVEL
310)	PILAR CRUZ
311)	PAOLA CARMONA RIVERA
312)	LOBSANA AVENDAÑO
313)	GLORIA M. ÁLVAREZ CRUZ
314)	ADRIANA M. MUÑOZ LEYVA
315)	JACQUELINE JIMÉNEZ BUITRAGO
316)	DIANA A. CUEVAS N.
317)	MÓNICA C. AGUILAR
318)	LUIS ALBERTO AYALA
319)	NIDIA E. VELASCO MARTÍNEZ
320)	JULIA OTÁLORA
321)	YURI MARCELA REITA ARAGÓN
322)	ALIALIDA JARAMILLO
323)	JULIÁN A. RENDÓN NIETO
324)	MARCELA BARRANTES
325)	NATALIA BRAVO RESTREPO
326)	JOSE L. AVENDAÑO GUERRERO
327)	CONSUELO RESTREPO LOZANO
328)	ALVARO L. TALERO BELTRÁN
329)	CLAUDIA PARRA CORTÉS
330)	JOHAN CHAPARRO
331)	ALEJANDRA E. LÓPEZ
332)	JAIRO MARTÍNEZ MURCIA
333)	JOSÉ A. REITA R.
334)	BEATRÍZ N.C.C. 47728668
335)	FREDY M. BOHÓRQUEZ
336)	WORALEY GAVIRIA S.
337)	MARIO HALAD CASTAÑEDA V.
338)	ALIX DEIS VALLEJO
339)	ALBA LUCÍA RESTREPO BALBÍN
340)	EDGAR MUÑOZ
341)	JENNY JASBLEYDY ABELLO FLORIAN
342)	MARÍA V. CHINCHILLA CÁRDENAS
343)	FRANCY ISABEL TEJADA S.
344)	MARÍA MARLÉN ROCHA R.
345)	FRANCY MILENA BOHÓRQUEZ ROCHA
346)	CLAUDIA BUITRAGO
347)	MARTHA DE MÉNDEZ
348)	NATIVIDAD AGRARIO
349)	MARÍA LILIA ARIAS
350)	LUZ DARY BECERRA
351)	ANA ELISA RODRÍGUEZ
352)	LUZ MERY ÁVILA
353)	NOHORA CONTRERAS AGUDELO
354)	DIEGO F. PUENTES CORTÉS

355)	JULY ROMERO
356)	ÁNGEL BATISTA PÉREZ
357)	JUAN C. CORONADO
358)	YENNY P. CASTIBLANCO ÁLVAREZ
359)	MARINA RAMÍREZ
360)	JHON FREDY LEAL RODRÍGUEZ
361)	LIBARDO QUINTERO ROJAS
362)	CRISTINA C.C. 52.910.549
363)	LUIS HUMBERTO SÁNCHEZ A.
364)	GIOVANA BULLA
365)	DIEGO ANTONIO CASTRO
366)	MARIELA FLÓREZ VARGAS
367)	CARMEN ALICIA RODRÍGUEZ
368)	GUSTAVO LEÓN M
369)	LUZ MARY URIBE
370)	DEISY LILIANA GUERRERO
371)	ELSY GUACATIVA O.
372)	LUIS ORTÍZ
373)	OSCAR SANGREGORIO MONTENEGRO (2 VECES)
374)	LUZ MARY CAMARGO DÍAZ
375)	MARÍA CECILIA OLAYA
376)	HELEN DUARTE
377)	DUVAN NIETO CAÑÓN
378)	MILAGROS BARROS
379)	MARÍA NIDIA POLOCHE OROZCO
380)	STELLA FLÓREZ CELY
381)	YULIETH HUERTAS
382)	CINDY LEÓN
383)	FLORALBA TRIANA
384)	FELIPE VELANDIA
385)	LAURA IZQUIERDO
386)	GLORIA AGUIRRE
387)	C.C. 3155248
388)	ISAURA RIVERA
389)	LEIDY M. RAMÍREZ FAJARDO
390)	GUILLERMO LEÓN OSPINA
391)	MARTHA ARIAS
392)	LEIDY M. TORRES MENDIETA
393)	LEONOR N.
394)	SARA YOLANDA SÁNCHEZ
395)	PONCY LEÓN
396)	LINA TATIANA GUTIÉREZ ABADÍA
397)	JAIRO ALONSO VÁSQUEZ
398)	YASMÍN BOLAÑOS
399)	LEIDY DANINI OSPINA
400)	OLGA BARRIOS GONZÁLEZ

401)	ANA MARIELA PADILLA
402)	HERNÁN VELÁSQUEZ
403)	ISABEL DÁVILA
404)	DELLANIRA BENAVIDES MEDINA
405)	GRACIELA BELTRÁN
406)	MANUELA BELTRÁN
407)	MARIO PÁEZ
408)	IRMA RUTH C.C. 51.577.000
409)	YEIMY SÁNCHEZ
410)	EDGAR A. GACHA
411)	ANTONIO RUÍZ
412)	NAYIBE ARIAS R.
413)	MERCEDES VARGAS
414)	LUZ MARÍN RÍOS
415)	MAURA ROJAS
416)	SANDRA MARÍA SERRANO VELÁSICO
417)	JEIMMY BIBIANA BOTÍA M.
418)	DAMARYS VANESSA HERRERA BRANAL
419)	FABIO CASAS B.
420)	KELLY JOHANA COSTA
421)	LUZ STELLA BEDOYA HENAO
422)	JULIETH ZAMBRANO ROA
423)	CÉSAR AUGUSTO VANEGAS M.
424)	SAMIR RODELO
425)	ERIK ZULBARÁN LÓPEZ
426)	JAIME FLÓREZ ROMERO
427)	WILSON MÉNDEZ GUTIÉRREZ
428)	SANDRA MILENA HINESTROZA
429)	ANALIDA MEJÍA
430)	DAVID O. PUENTES CORTÉS
431)	JHON PALOMINO
432)	JOHN ALEJANDRO REYES
433)	EDISON HERNÁNDEZ
434)	JOSÉ ERNESTO GONZÁLEZ
435)	MARELLA GARCÍA NARVÁEZ
436)	WILLIAM LAURENS
437)	LUZ STELLA SALCEDO ISAZA
438)	MARLENE MERCEDES DÍAZ
439)	MARÍA DEL CARMEN SANDOVAL ESPINOSA
440)	DORIS GUEVARA
441)	ANA MARÍA CASALLENOR.
442)	CARLOS GÓMEZ
443)	PILAR CABALLERO
444)	WILSON GEOVANNY VÁSQUEZ
445)	GENZ GONZÁLEZ
446)	JORGE MONSALVE

447)	C.C. 51.652.267
448)	SANDRA IBETT CITA
449)	NATALIA RAMOS DELGADO
450)	BERNARDO DÍAZ SUÁREZ
451)	ADÍN PÉREZ LEÓN
452)	DIANA ROJAS CIFUENTES
453)	LEIDY STEFANY CASTRO ACUÑA
454)	DIANA MARÍA GÓMEZ
455)	PEDRO ERNESTO LÓPEZ PARADA
456)	DERBY USECHE REINA
457)	LEONARDO BERNAL CHACÓN
458)	JUAN FERNANDO RENDÓN
459)	PAULA ANDREA GÓMEZ QUINTERO
460)	PAOLA ANDREA CASAS AGUDELO
461)	LUIS R. FRANCO C.
462)	CARLOS RINCÓN
463)	FRANCISCO JAVIER GÓMEZ
464)	DIANA CONSTANZA BARBOSA RIVERA
465)	JOSÉ WILSON RAMOS SASTOQUE
466)	CARLOS ALBERTO RIVERA SANDOVAL
467)	ALBA LORENA OSORIO CASTELLANOS
468)	YEIMY LORENA RIVERA
469)	ANDREA DEL PILAR GODOY CRIALES
470)	MARÍA CONCEPCIÓN ARAGÓN
471)	JOSÉ ARMANDO REITA ARAGÓN
472)	YANNY LÓPEZ CALDERÓN
473)	WALTER ARLEY JARAMILLO OSORIO
474)	PIERO RIVAS M.
475)	JOSÉ DELGADO
476)	DANIEL GIRALDO MONCADA
477)	JOHANA MORALES
478)	C.C. 51.893.588
479)	JIMMY EBERLEY PÁEZ
480)	NELSON CÁRDENAS
481)	CAMILO RODRÍGUEZ
482)	JENNIFFER NIÑO
483)	LUZ MERY CAMACHO DUARTE
484)	MERCEDES GONZÁLEZ
485)	BUENO SAIBESCANA
486)	SEBASTIÁN GALVIS
487)	FLOR ALBA ARANGO LOAIZA
488)	OFELIA ORREGO
489)	EDILBERTO CASTRO ALARCÓN
490)	BLANCA CORTÉS DE PUENTES
491)	CECILIA GAMBA DE ROMERO
492)	HART HERAZO CORREA

493)	MARÍA ANTONIA IBÁÑEZ
494)	BIBIANA A. CASTIBLANCO
495)	ROSA MARÍA NORTOY
496)	TERESA MACÍAS
497)	CAROLINA GAONA BARRETO
498)	CARLOS EDUARDO CORSI OTÁLORA
499)	LINDA R. HERNÁNDEZ
500)	HÉCTOR ANDRÉS ALAGUNA PULIDO Y OTRO
501)	DAVID FRANCISCO FRANCO MORENO
502)	KAREN ROCIO ARDILA OLMOS
503)	TERESA PÉREZ OSORIO Y OTROS
504)	GUSTAVO BÁEZ BÁEZ
505)	AURA MARÍA MONTENEGRO
506)	JAIME ERNESTO HERNÁNDEZ VALBUENA
507)	LUÍS GUILLERMO NAMÉN RODRÍGUEZ
508)	OMAR GUILLERMO CORAL QUINTERO
509)	SONIA FRANCO U. Y OTROS
510)	JUAN CAMILO GARCÍA
511)	NUBIA GRANADOS A.
512)	JUAN PABLO PICO Y OTROS
513)	SONIA FRANCO Y OTROS

ACLARACIÓN: La anterior referencia no contiene todos los nombres de los ciudadanos que participaron en el proceso, toda vez que, por cada escrito de intervención, fue relacionado solo uno de los firmantes, lo que no fue óbice para tenerlos en cuenta a todos en la contabilización total de ciudadanos que intervinieron a favor o en contra de las demandas presentadas, debiéndose indicar que algunos ciudadanos solicitaron la reserva de su identidad.

**ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-577/11**

Expediente: D-8367 y D-8376 AC.

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto, me permito formular una aclaración de voto a la Sentencia C-577 de 2011, en la cual la Corte Constitucional resolvió exhortar al Congreso de la República, a fin de que legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de la citada providencia, afecta a las mencionadas parejas.

La decisión de la Corporación se produjo al resolver dos demandas de inconstitucionalidad dirigidas en contra de las expresiones “hombre y mujer” y “de procrear” contenidas en el artículo 113 del Código Civil que, a juicio de los actores, no reconocen a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio.

Aunque la Corte declaró exequibles las referidas expresiones, consideró que se configuraba un déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo, en la medida en que la legislación vigente no contempla una institución que les permita formalizar y solemnizar su vínculo y habida cuenta de que la unión de hecho no alcanza a ofrecer la protección que en cambio sí ampara a las parejas heterosexuales que, a diferencia de las conformadas por personas del mismo sexo, tienen la posibilidad de optar entre la unión de hecho y el matrimonio.

En la Sentencia C-577 de 2011 solo se indica que la institución que el legislador debe regular en sus detalles, y de conformidad con su facultad de configuración, es de índole contractual, por lo que el motivo que me conduce a aclarar el voto radica en que faltaron dos precisiones que contemplaba la ponencia que originalmente presenté a consideración de la Sala Plena.

La primera de esas precisiones consiste en que, de acuerdo con el tenor literal del artículo 42 de la Carta y con su interpretación histórica, el matrimonio que la Constitución reconoce de modo expreso es el celebrado entre personas de distinto sexo, tesis que, además, consulta la evolución que esta materia ha tenido en el seno de la Corporación, evolución que, a mi juicio ha debido atenderse para resolver sobre las demandas que ocuparon la atención de la Corte.

En efecto, al proyecto original pertenecen los siguientes apartes que ahora se transcriben:

“Así las cosas, el matrimonio es la forma de constituir la familia heterosexual, cuando la pareja, integrada por hombre y mujer, manifiesta su consentimiento y lo celebra, mientras que la voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la compuesta por una pareja de homosexuales, de modo que la manera de crear la unión familiar no es la misma y también se ha indicado que esta interpretación fue anticipada durante un largo lapso en aclaraciones y salvamentos de voto, a los cuales bien vale la pena recurrir ahora en procura de obtener e ilustrar una solución a la cuestión planteada.

“En el salvamento de voto del Magistrado Araujo Rentería a la Sentencia C-075 de 2007 se lee que ‘el matrimonio es apenas una de las entradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas del mismo sexo’. Añadió que la voluntad responsable de dos personas para conformar la familia no exige que se trate de un hombre y una mujer, por lo que esta hipótesis cobija a las familias de parejas de un mismo sexo o de distinto sexo que no han contraído matrimonio y, para finalizar, reitera que ‘este fundamento, hombre y mujer, solo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familias que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución’.

“Igualmente en la aclaración de voto de la Magistrada Catalina Botero Marino a la Sentencia C-811 de 2007, al abordar el sentido literal del primer inciso del artículo 42 se hizo especial referencia a la disyunción entre la familia ‘conformada por el matrimonio heterosexual’ y la originada ‘en la voluntad responsable de conformarla’, sin alusión al sexo de quienes la conforman, par de hipótesis entre las cuales ‘la Constitución establece una opción clarísima (o la una o la otra)’ y que lleva a considerar la unión estable de parejas del mismo sexo como surgida de la voluntad responsable de integrar una familia.

“Por su parte, los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett, en salvamento de voto a la Sentencia C-814 de 2001, dieron por cierto que ‘el artículo 42 de la Constitución contempla una restricción expresa con base en la orientación sexual a la institución del matrimonio, a saber, solo puede celebrarlo una pareja conformada por un hombre y una mujer’ ”.

Con fundamento en los anteriores criterios se concluía que “la voluntad de conformar una familia es una vía distinta a la que ofrece el matrimonio reservado a las parejas heterosexuales” y que “la literalidad del artículo 42 superior se opone a que la familia homosexual sea reconducida al matrimonio para que tenga en el su fuente de constitución, tal como la tiene la pareja heterosexual”.

La segunda precisión es, entonces, consecuencia de la primera y, en este sentido, la ponencia original señalaba que en el ordenamiento jurídico hacía falta una institución distinta de la unión de hecho que les permitiera a las parejas conformadas por personas del mismo sexo “optar entre una constitución de su familia con un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirla como una unión de hecho” y concluía que “en el derecho comparado la figura que más se adapta al comentado propósito es la de la unión civil o registrada, diferente del matrimonio y, a la vez, de la unión de hecho”, por lo cual se proponía incorporarla, ya que “sin exceder el marco permitido por la interpretación de los textos constitucionales”, se puede afirmar “categóricamente, que en el ordenamiento superior colombiano tienen cabida la unión civil o registrada como mecanismo para dar origen a la familia conformada por la pareja homosexual”.

Sentada esta premisa se consideraba que el legislador era el llamado a establecer el alcance de la referida unión civil o registrada y, en la parte resolutive se proponía exhortar “al Congreso de la República para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre la unión civil o registrada de parejas del mismo sexo”.

En los anteriores términos dejo formulada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, JORGE
IVÁN PALACIO PALACIO Y LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA C-577/11

SENTENCIA QUE RECONOCE EL DERECHO DE PAREJAS HOMOSEXUALES A CONFORMAR FAMILIA-Constituye un paso significativo hacia la igual protección de la familia sin importar su origen (Aclaración de voto)

MATRIMONIO-Institución exclusiva de parejas de personas de distinto sexo (Aclaración de voto)

SENTENCIA QUE RECONOCE EL DERECHO DE PAREJA HOMOSEXUAL DE CONFORMAR FAMILIA-Razones de la decisión introduce criterios y conceptos extrajurídicos innecesarios y distinciones discriminatorias (Aclaración de voto)

La decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 es histórica. Representa un paso firme en la consolidación de la supremacía de la Carta Política de 1991 y es fruto de muchas luchas de grupos y personas en defensa de los derechos de poblaciones marginadas y discriminadas. La defensa de todas las familias por igual, sin importar cuál sea su origen, es un mandato constitucional, por lo que acompañamos de forma decidida el importante paso que en tal sentido se da. No obstante, no compartimos algunas de las razones que se presentan como justificación de la decisión adoptada, ni los términos en que son expuestas, pues a nuestro juicio, el texto de la sentencia sobre la constitucionalidad de la norma que establece el matrimonio como una institución para parejas de personas de sexo distinto, introduce criterios y conceptos extrajurídicos al análisis de la demanda que no han debido tenerse en cuenta, contempla argumentos y distinciones que en sí mismas son discriminatorias. La sentencia ha de ser leída con atención y precaución, teniendo muy presentes el texto constitucional, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional en la materia, para evitar interpretaciones contrarias al espíritu constitucional y, ante todo, al sentido que inspiró el voto de la mayoría de la Sala Plena el día en el que se adoptó la decisión.

SENTENCIA QUE RECONOCE EL DERECHO DE PAREJAS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO A CONFORMAR FAMILIA-Doble propósito (Aclaración de voto)

Es doble el propósito de la decisión adoptada en la sentencia C-577 de 2011: tomar una decisión que respetara, por una parte, la facultad legislativa del Congreso de la República, pero que a la vez permitiera asegurar el goce efectivo del derecho de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, en caso de que el legislador no establezca los parámetros normativos adecuados para el efecto

SENTENCIA QUE RECONOCE EL DERECHO DE PAREJAS HOMOSEXUALES A CONFORMAR FAMILIA-Sentido y alcance de la decisión (Aclaración de voto)

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Ratio decidendi (Aclaración de voto)

DEFICIT DE PROTECCION-En contra de parejas de personas del mismo sexo para constituir familia por acto contractual de carácter marital, solemne y formal (Aclaración de voto)

EXHORTACION AL CONGRESO POR DEFICIT DE PROTECCION-Procedencia para la regulación de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo a constituir familia mediante acto contractual de carácter marital, solemne y formal (Aclaración de voto)

JUEZ-Facultad alternativa de reconocimiento de constitución de familia de parejas de personas del mismo sexo por vencimiento de término para su regulación (Aclaración de voto)

NOTARIO-Facultad alternativa de reconocimiento de constitución de familia de parejas de personas del mismo sexo por vencimiento de término para su regulación (Aclaración de voto)

Dos son los posibles senderos a partir de los cuales tanto jueces como notarios resolverán el caso en que una pareja de personas del mismo sexo intente ejercer su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, si llegada la fecha establecida por la Corte en la sentencia C-577 de 2011 (20 de junio de 2013), el legislador no ha superado el déficit legislativo violatorio de la Constitución: (i) celebrar en tal caso un contrato aplicando análogamente las reglas legales vigentes para un contrato de carácter marital [el de parejas de personas de distinto sexo], o (ii) celebrar un contrato con cláusulas que sean lo más parecidas a las de un

matrimonio, pero no con base en una aplicación analógica de las normas maritales vigentes, sino en las disposiciones legales y constitucionales que contemplan las amplias libertades contractuales con que cuentan los ciudadanos, representando ésta una opción jurídica que ha sido posible siempre y seguirá siéndolo para las parejas de personas del mismo sexo. Es un camino vigente hoy, antes del 20 de junio de 2013, y lo será también después de esa fecha.

DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA-Derecho constitucional/DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA-Predicable también de las parejas de personas del mismo sexo (Aclaración de voto)

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Obiter dicta (Aclaración de voto)

HOMOSEXUALIDAD-Condición o característica predicable de las personas pero no de las parejas ni de las familias/HOMOSEXUALIDAD-Expresión cuestionable cuando se emplea para invisibilizar casos de orientación sexual diversa y de identidad de género (Aclaración de voto)

MATRIMONIO-Problemas que plantea la definición respecto de personas con diversa orientación sexual (Aclaración de voto)

SENTENCIA QUE RECONOCE EL DERECHO DE PAREJAS HOMOSEXUALES A CONFORMAR FAMILIA-Su alcance como precedente no se limita sólo a personas homosexuales (Aclaración de voto)

Si bien la restricción a la que hace referencia el artículo 113 del Código Civil afecta primordialmente a las personas consideradas homosexuales que quieren contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo, lo que es correcto, no lo es pensar que sólo afecta a tal grupo de personas. Limitar la acción de la restricción de la norma a las 'personas homosexuales', implica desconocer el impacto que la norma acusada tiene sobre las parejas, según el sexo que tengan, independientemente de cuál sea su orientación sexual o su identidad de género.

PAREJA DE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y PAREJA DE PERSONAS HOMOSEXUALES-Diferencias (Aclaración de voto)

SALVAMENTO DE VOTO-Opiniones que contiene no tienen fuerza vinculante (Aclaración de voto)

FAMILIA-Formas de constituir la (Aclaración de voto)

FAMILIA-Diversidad de conceptos (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA-Procedencia (Aclaración de voto)

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Procedencia por cambios sociales y jurisprudenciales/**CAMBIO DE JURISPRUDENCIA RESPECTO DEL DEFICIT DE PROTECCION DE LOS HOMOSEXUALES**-Procedencia (Aclaración de voto)

Referencia: expedientes acumulados D-8367 y D-8376

Demanda de inconstitucionalidad contra del artículo 113, parcial, del Código Civil, el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Un paso significativo hacia la igual protección de toda familia, sin importar cuál sea su origen¹⁴⁶

La decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 es histórica.¹⁴⁷ Representa un paso firme en la consolidación de la supremacía de la Carta Política de 1991 y es fruto de muchas luchas de grupos y personas en defensa de los derechos de poblaciones marginadas y discriminadas. La defensa de todas las familias por igual, sin importar cuál sea su origen, es un mandato constitucional que mediante la presente sentencia logra permear las

¹⁴⁶ Poner nombre a una aclaración o a un salvamento de voto es una suerte de homenaje al difunto Magistrado Ciro Angarita Barón, quien acostumbraba a hacerlo. Entre otros, cabe recordar ‘*En defensa de la normalidad que los colombianos hemos decidido construir*’ (a la sentencia C-004 de 1992), ‘*Palabras, palabras ¿flatus vocis?*’ (a la sentencia T-407 de 1992), ‘*Del dicho al hecho*’ (a la sentencia T-418 de 1992), ‘*Palabras inútiles*’ (a la sentencia T-438 de 1992), ‘*Otro escarnio irrefragable*’ (a la sentencia T-462 de 1992), ‘*Justicia constitucional y formalismo procesal*’ (a la sentencia T-614 de 1992).

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SPV María Victoria Calle Correa).

tradicionales estructuras sociales preconstitucionales que, aún hoy, dan pie y sirven para excluir e invisibilizar grupos de personas con base en dos criterios sospechosos, a saber: el sexo y la orientación sexual. En tal medida, acompañamos de forma decidida el importante paso que en tal sentido se da.

No obstante, los Magistrados que aclaramos el voto no compartimos algunas de las razones que se presentan como justificación de la decisión adoptada en la sentencia C-577 de 2011, ni los términos en que son expuestas. En tal medida, el propósito de este texto es evidenciar cuáles razones tienen un respaldo de los Magistrados que aclaramos el voto y cuáles no. A nuestro juicio, el texto de la sentencia sobre la constitucionalidad de la norma que establece el matrimonio como una institución para parejas de personas de sexo distinto, introduce criterios y conceptos extrajurídicos al análisis de la demanda que no han debido tenerse en cuenta, contempla argumentos y distinciones que en sí mismas son discriminatorias. Nos apartamos también de la presentación que se hace de algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional aplicable. La sentencia frente a la cual aclaramos el voto ha de ser leída con atención y precaución, teniendo muy presentes el texto constitucional, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional en la materia, para evitar interpretaciones contrarias al espíritu constitucional y, ante todo, al sentido que inspiró el voto de la mayoría de la Sala Plena el día en el que se adoptó la decisión cuya justificación se consigna en la sentencia C-577 de 2011.

La primera parte de la aclaración se ocupará de resumir la decisión adoptada en la sentencia, en los términos en que la apoyamos, indicando a la vez, qué se espera que ocurra a partir de dicha decisión judicial. La segunda parte de la aclaración se ocupará de hacer comentarios sobre asuntos puntuales de la sentencia que no compartimos, dando las razones para tal distanciamiento. Finalmente, en tercer lugar, se concluirá, presentando un resumen de las principales aclaraciones.

1. Sentido y alcance de la decisión adoptada por la Sala en la sentencia C-577 de 2011 y las razones por las cuales los Magistrados que aclaramos el voto apoyamos tal decisión

En la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional reconoció el derecho constitucional que tiene toda pareja de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. Teniendo como punto de partida central y determinante de su razón para decidir (*ratio decidendi*), que las uniones de parejas de personas del mismo sexo son familia y que, en tal medida, tienen derecho a la plena protección que concede el artículo 42 de la Carta Política a esta institución, que es núcleo básico de la sociedad. En tal medida, el hecho de que el sistema legal proteja las familias constituidas por parejas de personas de distinto sexo, mediante matrimonios y a través del reconocimiento de las uniones de hecho, y que por otra parte a las parejas de personas del mismo sexo sólo se las proteja legalmente mediante el camino de las uniones de hecho, constituye un déficit de protección irrazonable

y desproporcionado constitucionalmente, de acuerdo con la sentencia C-577 de 2011. Para la Corte no existe ni siquiera una finalidad válida que justifique al orden legal vigente no contemplar las normas que permitan a las parejas de personas del mismo sexo gozar efectivamente de su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, ‘solemne’ y ‘formal’.¹⁴⁸

Para superar el déficit de protección al cual el legislador ha sometido a las parejas de personas del mismo sexo, según la constatación hecha por la Corte, se resolvió exhortar al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, en ejercicio de sus competencias, regule de manera sistemática y organizada acerca de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, especialmente el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. En todo caso, para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la decisión adoptada, la Corte resolvió, *erga omnes*, que transcurrido el plazo dado al Congreso para la expedición de la normatividad, y hasta tanto no lo haga, las parejas de personas del mismo sexo podrán constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal ante juez o notario. Tal es pues, el sentido de la decisión adoptada en la sentencia C-577 de 2011, la razón que la sustenta, y la orden que resolvió impartir la Corte para hacerla efectiva. A continuación, se especificará en un mayor detalle (1) la decisión adoptada y su sustento, en los términos que se respalda unánimemente, y (2) la orden impartida y su alcance.¹⁴⁹

1.1. Toda pareja de personas del mismo sexo tiene el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal

1.1.1. La Corte Constitucional comparó dos grupos de personas, el de parejas entre personas de distinto sexo y las parejas de personas del mismo sexo. La comparación se hizo con relación a un aspecto: la protección legal que se contempla actualmente para uno y otro grupo. La Sala Plena de la Corte consideró de manera unánime que sí existe un trato diferente en cuanto al régimen de protección que el legislador confiere a uno y a otro grupo. Dice al respecto la sentencia,

“Es claro, entonces, que actualmente la pareja [de personas de distinto sexo]¹⁵⁰ cuenta con dos formas de dar lugar a una familia,

¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

¹⁴⁹ Posteriormente, en la segunda parte de la presente aclaración de voto, se hará especial referencia a las partes de la justificación de la decisión de la cual los suscritos magistrados se apartan respetuosamente.

¹⁵⁰ La sentencia emplea constantemente la expresiones ‘parejas homosexuales’ y ‘parejas heterosexuales’ como equivalentes a las expresiones ‘parejas de personas de distinto sexo’ y ‘parejas de personas del mismo sexo’, respectivamente. Los Magistrados que aclaramos el voto consideramos que tales expresiones no son equivalentes y por tanto, no son intercambiables entre sí. Existen varias razones para esta discrepancia con la redacción del texto de la sentencia C-577 de 2011, las cuales serán expuestas en detalle posteriormente en la presente aclaración de voto. Por ahora baste decir que se trata de un error categorial: las personas tienen

lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja [de personas del mismo sexo] carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas [de personas de distinto sexo].”¹⁵¹

En el presente caso, como lo señala la sentencia, la diferencia de trato es cuestionable *prima facie* en tanto involucra dos criterios de diferenciación considerados sospechosos en el orden constitucional vigente (art. 13, CP). El primero de ellos es el ‘sexo’, el cual se encuentra presente de manera expresa en la norma legal acusada.¹⁵² El segundo de ellos es la orientación sexual, el cual se encuentra presente de manera indirecta. En efecto, como lo señala la sentencia C-577 de 2011, aunque expresamente se excluye cierto grupo de parejas en función del sexo de la pareja, se trata de una medida legal que tiene especial impacto, así sea indirecto, en las personas que se consideran homosexuales (gays o lesbianas). Si bien cualquier persona tiene derecho a contraer matrimonio, sin importar cuál sea su orientación sexual o su identidad de género, la medida legal de no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene un especial impacto en este grupo de personas. Acompañamos plenamente la afirmación de la sentencia según la cual: “[...] ‘la diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto’ [...] la categoría ‘orientación sexual’ constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación.”¹⁵³

El impacto y el grado de restricción que tal medida impone sobre su derecho a constituir una familia son altos. A tal punto que compromete la autonomía de la personalidad y el derecho de autodeterminación. Dice la sentencia C-577 de 2011 al respecto,

“La unión marital de hecho con que cuentan las parejas del mismo sexo es alternativa disponible pero insuficiente cuando se trata de la constitución de la familia conformada por la pareja [de personas del mismo sexo], porque su previsión como único mecanismo para dar lugar a esa clase de familia conformada por la pareja [de personas del mismo sexo], porque su previsión como único mecanismo para dar lugar a esa clase de familia implica un déficit

orientación sexual, no las parejas o las familias.; son las personas las que pueden ser homosexuales o heterosexuales, no las parejas o las familias. Al respecto, ver la segunda parte de la presente aclaración de voto.

¹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011. Al respecto dijo la sentencia: “[...] las parejas [de personas de distinto sexo] que deseen conformar una familia tienen a su alcance dos maneras de lograrlo, a saber: el matrimonio y la unión marital de hecho, siendo de su libre decisión optar por alguna de ellas, según que voluntariamente quieran someterse a las regulaciones propias del matrimonio o escapar de ellas, mientras que, si se insiste en que la unión de hecho es la única alternativa para [...] las parejas del mismo sexo [que] sólo contarían con esa opción, luego el ejercicio de su autonomía y autodeterminación personal les estaría notoriamente vedado, pues no tendrían posibilidad de escoger la manera de hacer surgir su unión familiar y se verían precisadas a asumir su convivencia estable como unión de hecho, con todo lo que ello implica.”

¹⁵² El artículo 113 del Código Civil establece que la pareja que se va a unir en matrimonio debe estar constituida por un hombre y una mujer.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

de protección que ha sido puesto de manifiesto por los actores, con argumentos que la Corte comparte, y también por el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por ende, de la autonomía y la autodeterminación personal.”¹⁵⁴

En la medida en que son criterios sospechosos de establecer una discriminación legal, es preciso aclarar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional el juicio de igualdad al que la norma ha de ser sometido es estricto. El juez constitucional tienen el deber de hacer un análisis riguroso de toda distinción de trato impuesta por la ley, fundada en alguno de los criterios contemplados por el artículo 13 de la Constitución.

1.1.2. Para algunas parejas de personas del mismo sexo, establecer una unión de hecho, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación y con la sentencia C-075 de 2007, puede implicar una protección legal adecuada y suficiente. No obstante para otras parejas del mismo tipo no.¹⁵⁵ Una estabilidad legal formal, si eso es lo que desea la pareja, es una posibilidad que tiene cuando está compuesta por personas de sexo distinto, pero no cuando está compuesta por personas del mismo sexo. Por tanto, para la Sala Plena, unánimemente, ello conlleva una diferencia de trato de la ley que implica un déficit de protección para las parejas de personas del mismo sexo. Un déficit de protección de la ley que impacta de forma considerable la autonomía y la libertad personal, en especial, respecto al derecho de fundar una familia.¹⁵⁶ Para la Sala Plena, el déficit de protección compromete significativamente el libre desarrollo de la personalidad, cuestión en la que se insiste en los siguientes términos,

“[...] la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de [personas de orientación sexual diversa] es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano deber tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne

¹⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

¹⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil; AV Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla, SPV Jaime Araujo Rentería). En esta sentencia se consideró violatorio del principio de igualdad contar con un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas de personas de distinto sexo y, por consiguiente se declaró constitucional la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas de personas del mismo sexo.

¹⁵⁶ Expresamente dice la sentencia C-577 de 2011 al respecto: “No se puede desconocer que esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia [constituida por parejas de personas del mismo sexo] surge de la ‘voluntad responsable’ de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por las [parejas de personas del mismo sexo].”

y formal a la familia conformada por la pareja [de personas del mismo sexo.]”¹⁵⁷

Compartimos plenamente la afirmación anterior; la Constitución de 1991 contempla, categóricamente, el derecho de las parejas de personas del mismo sexo a constituir familia en igualdad de condiciones a las formadas entre personas de sexo distinto y con el mismo grado de protección a la autodeterminación y el libre desarrollo de la voluntad. En tal medida se puede afirmar que el derecho de las parejas de personas del mismo sexo a constituir mediante un acto contractual de carácter marital, una familia que surja a la vida jurídica de manera ‘*solemne*’ y ‘*formal*’, características centrales del contrato marital al que sí tienen acceso las parejas de personas de distinto sexo.¹⁵⁸

Pero no solamente están comprometidas dimensiones individuales de los derechos fundamentales de las personas. Como lo sostiene la sentencia C-577 de 2011, en la medida que la constitución formal y solemne de una familia con la pareja que se tiene conlleva implicaciones sociales, el déficit legal de protección constatado compromete no sólo a las personas como individuos y la pareja como tal, sino a la familia misma en sus relaciones con el entorno social en que se encuentra, en el que habita. Dice la sentencia al respecto,

“No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación [diversa], que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia.”¹⁵⁹

1.1.3. Para la Corte Constitucional el trato diferente establecido por el orden legal vigente entre las parejas de personas de sexo distinto y las del mismo sexo, con relación a la posibilidad de constituir formalmente una familia, es una medida irrazonable y desproporcionada constitucionalmente. No encuentra justificación en el orden constitucional vigente y, por tanto, viola el derecho de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia en condiciones de igualdad y dignidad. La sentencia afirma lo siguiente,

“En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas [de personas del mismo sexo] también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión

¹⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

¹⁵⁸ El carácter formal y solemne del contrato marital al que tienen derecho las parejas de personas del mismo sexo queda claro en la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011, en la cual establece, entre otras cosas: “*Quinto*.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.”

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

de hecho –a la que pueden acogerse si les place–, ya que a la luz de los que viene exigido constitucionalmente, procede a establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia [constituida por una pareja de personas del mismo sexo] de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por [tales parejas].”¹⁶⁰

Aunque la Corte Constitucional consideró que la distinción de trato que da el sistema legal a las parejas de personas del mismo sexo debía ser sometida a un juicio de igualdad estricto, la sentencia no consideró los diferentes pasos de tal análisis en detalle, porque no se requería. No se ocupa de analizar el fin, el medio o la relación entre éste y aquel, porque dada la jurisprudencia en la materia y la situación de trato diferencial verificada, era claro para la totalidad de la Sala Plena que el déficit de protección legal en cuestión ni siquiera cumplía con la mínima exigencia: buscar o propender por un fin constitucional imperioso. Dicho de otra forma, no permitir la constitución de familias de parejas de personas del mismo sexo sólo puede ser razonable si, entre otros criterios, se demuestra que mantener el déficit de protección legal es una medida que busca una finalidad constitucionalmente imperiosa. La Sala Plena, unánimemente, consideró que ni siquiera existía un fin buscado con dicho trato diferente, que pudiera ser considerado constitucionalmente imperioso. Por supuesto, no era necesario entrar a precisar y analizar los demás elementos del juicio estricto de igualdad al cual se sometió el caso bajo análisis en la sentencia C-577 de 2011.

Reiteramos con la sentencia C-075 de 2007 que el orden legal vigente no tiene las herramientas adecuadas y necesarias para que las parejas de personas que han sido tradicionalmente discriminadas y excluidas en razón a su orientación sexual diversa, puedan desarrollar en libertad, autonomía y dignidad un proyecto de vida común y solidario. Dice la sentencia del año 2007,

“No obstante lo anterior y pese a los múltiples pronunciamientos en los que la Corte ha actuado para prevenir o reparar eventos de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, en la demanda y en varias de las intervenciones se expresa, con razón, que si bien del ordenamiento constitucional se desprende una prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual y así ha sido declarado por la jurisprudencia, la efectividad de tal postulado, aunque se aprecia en la protección de los individuos, no se ha manifestado en el ámbito de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, las cuales carecen de reconocimiento jurídico. || De este modo, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan

¹⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida.”¹⁶¹

No obstante, aclaramos que acompañamos la sentencia C-577 de 2011 en los términos amplios en que fue dispuesto en su parte resolutive (parejas de personas del mismo sexo), que son los mismos que ha empleado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y no de la manera restringida, bajo el concepto de ‘homosexualidad’, en que se presenta la decisión en algunas de las consideraciones del texto.¹⁶² Esta cuestión será retomada en detalle en el siguiente apartado de la presente aclaración de voto.

1.1.4. Algunas afirmaciones y consideraciones de la sentencia C-577 de 2011 también merecen especial apoyo por los Magistrados que aclaramos el voto, por lo cual las resaltamos de forma expresa a continuación.

1.1.4.1. En primer término, compartimos la visión amplia y no limitada de la institución ‘matrimonio’. Son muchos los casos y eventualidades humanas en que una relación marital tiene lugar. No existe un único modelo ideal de matrimonio, ni siquiera en el contexto de las parejas de personas de distinto sexo. Así, la sentencia sostiene que el matrimonio constituye “[...] *en familia a la pareja que, con esa finalidad, manifiesta libremente su consentimiento, lo que se torna todavía más patente en el caso del casamiento de personas [de la tercera edad] cuya edad fértil ha pasado, de quienes contraen matrimonio in articulo mortis o a sabiendas de la infertilidad de alguno de los cónyuges o de ambos y de los casados que se proponen no tener hijos, lo que en nada afecta sus derechos individuales o de pareja, tampoco los deberes u obligaciones que en razón del vínculo surgen entre ellos ni, por supuesto, la condición de familia fundada en el matrimonio, pues pensar en lo contrario implicaría una inaceptable e inconstitucional distinción entre unos matrimonios que tendrían la aptitud para originar una familia y otros que carecerían de esa aptitud. [...]*”¹⁶³ Casos como la posibilidad de contraer matrimonio *in articulo mortis*, evidencian al menos dos asuntos (i) la importancia del contrato de carácter marital para constituir familia, incluso cuando alguno de los cónyuges está por morir [esto, por ejemplo, por los efectos jurídicos que al respecto se producen]; (ii) lo radical de la discriminación que conlleva el déficit de protección legal, al

¹⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007. Como se dijo, en este caso se decidió, entre otras cosas lo siguiente: “A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.”

¹⁶² Dice la sentencia al respecto: “Desde luego, las perspectivas de análisis reseñadas no son excluyentes, pero a propósito del examen adelantado, de inmediato interesa destacar lo concerniente a la pareja homosexual y el reconocimiento de la Corte en el sentido de que, si bien ha habido conciencia de los derechos que como individuos les corresponde a los homosexuales, al mismo tiempo se les priva ‘de instrumentos que les permitan desarrollarse como pareja [...] (C-075 de 2007)’” Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011. Acento fuera del texto original.

¹⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

permitir a las parejas de personas de distinto sexo casarse incluso cuando alguno de los cónyuges está por morir y no van a poder desarrollar su vida marital plenamente, mientras que se lo impide a las de personas del mismo sexo siempre, en cualquier circunstancia.

1.1.4.2. En segundo término, los Magistrados que aclaramos el voto consideramos, junto con la sentencia C-577 de 2011, que la ‘heterosexualidad’ no es una característica del modelo de familia, bajo el orden constitucional vigente. Tal como lo sostiene la Sala,

“La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen unos efectos patrimoniales y otros de índole personal.”¹⁶⁴

En tal sentido celebramos que se haya reconocido el carácter amplio de la noción de familia así,

“La presencia en las [parejas de personas del mismo sexo] establece del elemento que le confiere identidad a la familia, más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre homosexuales, mientras que el vínculo natural sólo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la ‘voluntad responsable de conformarla’ también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales.

La Corte estima pertinente insistir en que este cambio en la interpretación del primer inciso del artículo 42 superior no se aparta de la comprensión literal del mismo, como reiteradamente se ha puesto de presente, y en que ha sido anticipado en el debate que sobre la materia ha surtido la Corporación en distintas

¹⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

ocasiones que se han sucedido al menos en los últimos diez años y, especialmente, a partir de 2007, conforme consta en las aclaraciones y salvamentos de voto traídos a colación en esta oportunidad.

La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente [...]”¹⁶⁵

En otras palabras, la Sala Plena hizo una lectura amplia de la norma, que contrasta con la visión restrictiva y limitada que se defendía bajo la idea del modelo monogámico y heterosexual de familia.¹⁶⁶ Además, es una lectura que no solamente no riñe con el texto de la disposición legal, sino que se ajusta mejor al resto de la Constitución Política y a su espíritu que la interpretación restrictiva que se defendió hasta principios del presente siglo.

1.1.4.3. Ahora bien, la convivencia de las parejas, sean del mismo o de distinto sexo sus integrantes, tiene unas características propias y diversas a otro tipo de conformaciones familiares, como por ejemplo un tío y un sobrino, dos hermanos, o abuelos y nietos. Para mencionar tan sólo alguna, basta indicar que mientras las relaciones sexuales entre los miembros de una pareja son el ejercicio de las libertades y derechos de los cuales gozan las personas, las relaciones sexuales en los otros casos de parejas se encuentran usualmente excluidas de la comunidad de vida familiar y pueden incluso constituir incesto. Es cierto que una noción amplia de familia como la que contempla la Constitución de 1991 no se limita el reconocimiento de familias fundadas en parejas, como lo señala categóricamente la sentencia C-577 de 2011. Existen muchas más y, sobre todo, pueden llegar a existir muchas más. En tal medida se considera importante resaltar que existen menos razones para establecer diferencias de trato entre parejas de personas del mismo sexo, con parejas de personas de sexo distinto, que con relación a otro tipo de composiciones familiares que pueden justificar reglas diferentes, como las ya citadas. Es decir, las parejas maritales cuentan con medidas de protección y derechos adecuados a sus particulares circunstancias. Todas las parejas maritales son comparables entre sí. En cualquier caso, insistimos, la decisión adoptada en la sentencia C-577 de 2011 implica que las distinciones entre parejas de personas, con base en la orientación sexual de sus miembros o de su identidad de género, son

¹⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

¹⁶⁶ La sentencia C-577 de 2011 aclara que no hace parte del problema jurídico el carácter monogámico de la familia, por lo que se trata de un asunto que no hace parte directa de la decisión o de la razón -la regla constitucional- que la sustenta.

sospechosas de discriminación y sólo pueden ser sustentadas en un criterio objetivo y razonable, bajo un escrutinio estricto.

1.1.4.4. Por último, estamos de acuerdo con la decisión de inhibirse de considerar que el déficit de protección que se adjudica al artículo 113 del Código Civil acusado supone un trato degradante para las parejas de personas del mismo sexo, por tratarse de un cargo que “*carece de certeza y es inepto*”.¹⁶⁷ Es cierto que “[...] *no resulta indispensable que en la parte resolutive se declare la ineptitud sustancial de la demanda en lo referente a los dos últimos cargos, pues basta limitar la declaración de exequibilidad a los cargos efectivamente analizados por la Corte*”. La constitucionalidad del artículo 113 del Código Civil es relativa a los argumentos considerados por la sentencia C-577 de 2011.

Vistos los elementos centrales de la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional y las reglas constitucionales que fueron aplicadas para llegar a tal solución del problema jurídico estudiado, pasa la aclaración de voto a referirse a las implicaciones de la decisión en cuestión.

1.2. *El Congreso de la República debe superar el déficit de protección que afecta a las parejas de personas del mismo sexo, de acuerdo a la Constitución*

Como lo indica la sentencia C-577 de 2011, llenar el déficit legal de protección existente, esto es, establecer las medidas legales adecuadas y suficientes para garantizar a las parejas de personas del mismo sexo el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, ‘*solemne*’ y ‘*formal*’ corresponde al Congreso de la República, foro de representación democrática por excelencia.¹⁶⁸

1.2.1. El Congreso de la República cuenta con un amplio margen de configuración legal para cumplir con su función constitucional. En tal medida, la mención que se hace la sentencia C-577 de 2011 en el apartado (4.5.3.1.1.) de las consideraciones, sobre algunas de las medias judiciales o legislativas que en materia de protección a las parejas de personas del mismo sexo se han adoptado en diversos sistemas jurídicos es ilustrativa de las diferentes alternativas posibles de solución que se han dado al reclamo de este grupo de personas. No obstante, estas distintas soluciones tienen que ser consideradas cuidadosamente en caso de ser tenidas en cuenta por un poder en el ámbito nacional, como alternativa posible de solución al déficit de protección, por cuanto los contextos normativos y jurisprudenciales pueden ser muy distintos.

¹⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

¹⁶⁸ Dice la sentencia al respecto: “En concordancia con lo que se acaba de advertir, la decisión acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas [de personas del mismo sexo] decidida a conformar una familia y su desarrollo concreto no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República, entre otras razones, porque fuera de ser el foro democrático [representativo] por excelencia, además de la faceta de derechos, la familia es una institución básica y núcleo fundamental de las sociedades y su trascendencia social impone su protección mediante medidas que el órgano representativo está llamado a adoptar, con límites que pueden provenir del componente de derechos inherente a la familia o a sus miembros individualmente considerados.”

En especial, se ha de tener en cuenta que las diferencias de trato que se pretendan establecer entre tipos de familias en Colombia, deben ser estrictamente evaluadas por el juez constitucional. Particularmente si las mismas se fundan en criterios sospechosos adicionales al origen familiar, como el sexo o la orientación sexual. No todas las distinciones que tienen cabida entre la población en otros contextos constitucionales, son consideradas razonables en el orden constitucional colombiano.

1.2.2. El Congreso de la República debe contemplar un conjunto de disposiciones legislativas teniendo en cuenta que hace parte de un estado social y democrático de derecho, fundado en la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas, entre otros principios. Un Estado que tiene un carácter pluriétnico y multicultural y es respetuoso de la diversidad de creencias individuales y colectivas, bien sean religiosas, políticas, filosóficas o de otro tipo. La ley que se expida debe reflejar tales valores constitucionales. Es decir, más que respetar los límites impuestos por el orden legal vigente, el Legislador debe constituir instituciones y procedimientos legales que desarrollen, promuevan, expandan y aseguren esos valores constitucionales. El Congreso de la República ha de tener en cuenta que las parejas de personas del mismo sexo y de distinto sexo, bien sea que se constituyan mediante una unión de hecho o mediante un contrato solemne, forman una familia. Es decir, cualquiera que sea la alternativa de política legislativa por la que se opte, ha de tener claro que está regulando, al menos parcialmente, el *‘núcleo fundamental’* de la sociedad.

1.2.3. Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el centro de la protección constitucional y legal versaba sobre las familias como fenómeno jurídico, no sobre las familias como fenómeno real y sociológico. Al inicio de la entrada en vigencia del actual artículo 113 del Código Civil, durante los años finales del siglo diecinueve, y luego, durante los primeros años del siglo siguiente, el sistema jurídico no solamente beneficiaba o ponía por encima a la familia constituida jurídicamente frente a la constituida de hecho o de facto, sino que además, introducía preferencias entre los tipos de matrimonio. Así, bajo el imperio de la llamada Ley Concha, los colombianos sólo podían celebrar un matrimonio civil y no religioso según sus creencias, si se renunciaba públicamente a la religión respectiva.¹⁶⁹ Así, un católico o un cristiano sólo podían casarse por una forma distinta al matrimonio católico si asumían tan costoso e invasivo acto de carácter público.

Bajo un estado social y democrático de derecho las distinciones que existan entre las diferentes familias, en especial con relación a aquellas que son delimitadas en su creación, desarrollo y terminación por la ley de manera preferencial, debe buscar fines constitucionales imperiosos, acordes con los fines estatales, en especial, con la protección de los derechos fundamentales. La regulación legal que se haga del matrimonio no puede buscar dar prelación a un

¹⁶⁹ Ley 54 de 1924. La Ley Concha, denominada así por haber sido defendida en el Congreso de la República por el Senador y Presidente de la República, José Vicente Concha Ferreira. En aquella Ley se establecía, adicionalmente, que un matrimonio católico anulaba el matrimonio civil anterior.

tipo de familias frente a otras. En especial, no es posible establecer medidas legales que se puedan convertir en obstáculos para el goce efectivo de los derechos de todas las personas. No se pueden establecer diferencias de trato irrazonables o desproporcionadas que afecten, directamente o indirectamente, a los miembros de una familia, sea cual sea su origen.

1.2.4. Existen cuatro categorías con las cuales el legislador ha de tener especial cuidado en tanto son sospechosas de introducir tratos discriminatorios en el sistema jurídico. Tales criterios, a saber son: (i) el sexo; (ii) la orientación sexual; (iii) la identidad de género y (iv) el origen familiar. Que una ley emplee los criterios antes señalados para establecer diferencia de trato entre las personas, no implica, necesariamente, que la norma es inconstitucional. Lo que ha de tener en cuenta el legislador es que si emplea tales criterios será sometido a un escrutinio constitucional estricto. Esto es, sólo podrá hacer diferencias de trato con base en tales criterios (1) si propenden por un fin que sea imperioso en términos constitucionales, (2) a través de un medio que no esté prohibido *prima facie*; (3) y que sea necesario para alcanzar tal fin (demostrar que no es posible llegar por un camino que no vulnere los derechos); finalmente, en cualquier caso, (4) se ha de demostrar que la medida cuestionada no sacrifica desproporcionadamente valores constitucionales. Los magistrados que aclaramos el voto hacemos especial énfasis en el último de los criterios sospechosos; el origen familiar. El reconocimiento que compartimos plenamente, según el cual, las parejas de personas del mismo sexo constituyen familia implica que el criterio del origen familiar, entra a jugar un papel determinante en la solución jurídica de casos y problemas jurídicos en torno a cuáles distinciones son razonables constitucionalmente y cuáles no.

1.2.5. A partir de la sentencia C-577 de 2011, ninguna autoridad administrativa, legislativa o judicial puede tomar una decisión que involucre los derechos y deberes de una familia constituida por una pareja de personas del mismo sexo, mediante un acto jurídico contractual solemne como el matrimonio, que no esté estrictamente justificada. Dar un trato diferente a una familia o a un grupo de familias, con base en el acto jurídico solemne mediante el cual se constituyó ésta, es hacer una distinción con base en el origen familiar. ¿Puede hacerse tal distinción? Sí, como se indicó, pero si y sólo si se encuentra justificada estrictamente en términos constitucionales.¹⁷⁰ Tal ha de ser el estándar que tenga

¹⁷⁰ Dice la sentencia C-577 de 2011 al respecto: “[...] en la sentencia C-029 de 2009 la Corte puntualizó que, en la medida en que existen ‘diferencias entre las parejas [de personas del mismo sexo] y las parejas [de personas de distinto sexo], no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras’, por lo cual, ‘es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria.’” En la sentencia C-029 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil, SPV y AV Jaime Araujo Rentería, SPV Nilson Elías Pinilla Pinilla) se solicitó a la Corte dar un protección general, amplia y genérica para un conjunto de normas. La Sala decidió que no era posible estudiar las diferencias de trato legales acusadas de forma general, sino específicamente, considerando una a una de las medidas. La Corte analizó más de 60 normas legales sobre diversos temas y asuntos: normas civiles, penales, de seguridad social (general y en regímenes especiales), procesales, contravencionales, en materia de apoyo agrícola y rural, inhabilidades e incompatibilidades públicas, protección a la víctimas del conflicto, disciplinarias, justicia penal militar, de protección a la violencia intrafamiliar, sobre moralidad pública, contratación pública, regulación de la nacionalidad, reglamentación del Congreso de la República, vivienda de interés social y de residencia en San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Es por eso que se decidió

en cuenta el legislador al evaluar la constitucionalidad de las medidas que elija, a saber: hacer un juicio de constitucionalidad estricto respecto de las alternativas legislativas existentes, una herramienta metodológica axial para poder responder este tipo de cuestiones.

1.2.6. El legislador ha de tener especial cuidado al utilizar los precedentes constitucionales que existen en la materia, como parámetro para determinar la constitucionalidad de las normas legales que decida aprobar para desarrollar el derecho constitucional de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. Aunque sentencias como la C-098 de 1996 hacen parte de la jurisprudencia y su fuerza vinculante persiste, es preciso tener en cuenta al considerar su aplicabilidad, el hecho de que esa decisión se adoptó por la jurisprudencia constitucional antes de que tuvieran lugar los cambios sociales y jurisprudenciales (la sentencia C-075 de 2007, por ejemplo) que llevaron a la Sala Plena de la Corte Constitucional a cambiar unánimemente su jurisprudencia sobre la materia en la sentencia C-577 de 2011. Por ejemplo, en 1996, cuando no se consideraba que las parejas de personas del mismo sexo constituían familia, las diferencias de trato legal a este tipo de parejas no se veían como distinciones establecidas con base en el criterio sospechoso de ‘origen familiar’. A partir de la sentencia C-577 de 2011 las diferencias de trato en materia de parejas de personas del mismo sexo no sólo comprometen los criterios sospechosos de discriminación ‘sexo’ y ‘orientación sexual’, sino también ‘origen familiar’. Así pues, salvadas las diferencias de los contextos jurídicos en los que se dictaron en el pasado sentencias en la materia y dejando de lado aquellas consideraciones incompatibles con el nuevo contexto social, constitucional, jurisprudencial y legal, aquella jurisprudencia constitucional sigue siendo vinculante.

1.2.7. Como lo reconoce la sentencia C-577 de 2011 y se enfatiza en la presente aclaración de voto, la Constitución no prohíbe, excluye o impide el reconocimiento de una institución de carácter matrimonial para las parejas de personas del mismo sexo. Textualmente dice la sentencia lo siguiente,

“En los términos que se acaban de exponer resulta claro que el reconocimiento constitucional del matrimonio para [las parejas de persona de distinto sexo] y su consiguiente protección expresamente contemplada en la Carta no implican, necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja [de personas del mismo sexo] de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado.

improcedente “[...] efectuar un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contraria a la Constitución [...] se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las actuaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria.”

En efecto, la expresa alusión al matrimonio [entre personas de distinto sexo] y la ausencia de cualquier mención al vínculo jurídico que formalice la unión entre personas del mismo sexo no comporta una orden que, de manera perentoria, excluya la posibilidad de instaurar un medio por cuya virtud la familia conformada por [personas del mismo sexo] pueda surgir de un vínculo jurídico, pues el contenido del artículo 42 superior no está en contradicción con los derechos de las parejas [de personas del mismo sexo] y por lo tanto, tampoco impide que se prevea una figura o institución jurídica contractual que solemnice la relación surgida de la expresión libre de la voluntad de conformar una familia con mayores compromisos que la originada en [...] ¹⁷¹ la unión de hecho.

Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas [de personas de distinto sexo] está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisión implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica.”¹⁷²

En palabras claras y directas: la Constitución Política de Colombia de ninguna manera excluye, prohíbe o impide al legislador la posibilidad de consagrar un matrimonio para parejas de personas del mismo sexo. La institución marital, formal y solemne que en tal sentido sea desarrollada podrá tener en cuenta las especificidades y particularidades de los grupos humanos que se beneficiarán de tal tipo de medida, pero siempre que se haga, precisamente, para respetar, proteger y garantizar los derechos constitucionales de carácter marital involucrados. Las especificidades de éste, como cualquier otro tipo de pareja, no pueden ser resaltadas con el fin de, o a costa de, irrespetar, desproteger o no garantizar sus derechos.

El carácter ‘marital’ del contrato a celebrar entre las parejas de personas del mismo sexo es evidente. De hecho, a pesar de las diferencias que existen entre las uniones libres o de facto y las uniones establecidas mediante acuerdo jurídico, ambas son consideradas uniones ‘*maritales*’. La nota característica de la diferencia en uno y otro caso es el origen en un acto jurídico o en los hechos. Pero la conexión entre los dos tipos de parejas se revela a través del carácter ‘marital’ de la relación jurídica que se establece entre la pareja. Con mayor

¹⁷¹ Aunque la sentencia se refiere a la ‘simple unión de hecho’, retiramos la palabra ‘simple’ por cuanto, fuera de contexto, puede generar el error de que la sentencia, de alguna forma, privilegia o considera más completa la familia constituida en matrimonio, que aquella que se da por una ‘simple’ unión libre.

¹⁷² Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

razón el carácter marital está presente en una pareja de personas del mismo sexo que están constituyendo su unión marital, no de hecho, sino de derecho, mediante un acto formal y solemne. Las diferencias o distinciones que se hagan entre las instituciones maritales de parejas de personas de distinto sexo y del mismo sexo no pueden ser para privilegiar a un grupo frente a otro, para dar mayor valor a una institución legal que a otra, o cualquier acto que pretenda mantener, promover o introducir medidas discriminatorias. Se pueden contemplar acciones afirmativas, o distinciones a favor de ciertos grupos, tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional,¹⁷³ pero nunca para irrespetar, desproteger o no garantizar sus derechos.

1.2.8. Cuando el Legislador contemple las hipótesis de regulación, debe considerar los diferentes derechos fundamentales que constituyen el orden constitucional vigente.

1.2.8.1. Bajo diferentes hipótesis fácticas, por ejemplo, podrían presentarse situaciones que comprometan el respeto, la protección y la garantía del goce efectivo de derechos fundamentales. Por ejemplo, los casos de ciudadanos con doble nacionalidad, que constituyen familias en otros contextos jurídicos donde ya se ha superado el déficit de protección a las parejas de personas del mismo sexo que aún existe en Colombia, y que pretenden su reconocimiento ante el estado colombiano. O los casos de colectividades de personas que profesan una fe religiosa que contempla el sacramento matrimonial para parejas de personas del mismo sexo y esperan un trato igualitario a su rito frente al celebrado en casos similares por otras iglesias. Son sólo algunos de los ejemplos de las situaciones y eventos que se han de tener en cuenta por el legislador al deliberar y elegir las medidas adecuadas y necesarias para superar el déficit de reglas legales sobre el acto de carácter marital propio de parejas de personas del mismo sexo que ha de existir dentro del orden constitucional vigente.

1.2.8.2. Es preciso que el Congreso de la República tenga presente que la interpretación de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución ha de tener en cuenta el bloque de constitucionalidad (art. 93, CP), esto es, las normas de derecho internacional sobre derechos humanos, reconocidas y admitidas por Colombia. En tal sentido, también deberá tener en cuenta las interpretaciones autorizadas y de los órganos competentes para pronunciarse al respecto. Las dudas de interpretación del texto constitucional, cuyo sentido y significado es cambiante según lo señala la propia sentencia C-577 de 2011, se deben complementar en lo posible con las normas aplicables internacionales y regionales de los derechos humanos.

1.2.8.3. Existen parámetros internacionales que justamente van en el mismo sentido garantista e incluyente de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia (C-577 de 2011). La diversidad de conceptos de

¹⁷³ Entre otras, ver la sentencia T-500 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett) de la Corte Constitucional, en la cual se contemplan tres posibles casos de ‘acciones afirmativas’: (i) acciones de concientización, (ii) acciones de promoción, y (iii) acciones de discriminación inversa (también llamadas discriminación positiva).

familia, el hecho de que no se trata de un concepto unívoco, por ejemplo, es una cuestión que ha sido reconocida internacionalmente. Como representantes de las Naciones Unidas le han insistido a la Corte Constitucional en procesos, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 19 y el Comité para la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General N° 21, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, advirtieron que *‘la forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra.’*¹⁷⁴ La decisión de la sentencia C-577 de 2011 también coincide con los parámetros internacionales consignados en los principios de *Yogyakarta*.¹⁷⁵ Concretamente con el principio vigésimo cuarto, que contempla el derecho a *‘formar una familia’*, principio que es expresado en los siguientes términos:

“toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.”

En virtud de este principio se establecen una serie de obligaciones específicas tales como garantizar *“que el matrimonio y otras uniones reconocidas por la ley se contraigan únicamente mediante el libre y pleno consentimiento de ambas personas que conformarán el matrimonio o la unión.”*

1.2.9. Una de las cuestiones centrales que plantea la sentencia C-577 de 2011 es la siguiente: ¿Qué tipo de contrato han de celebrar los notarios del país, en caso de que una pareja de personas del mismo sexo intente ejercer su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, si llegada la fecha establecida por la Corte en la sentencia C-577 de 2011 (20 de junio de 2013), el legislador no ha superado el déficit legislativo violatorio de la Constitución? Existen varias respuestas posibles, que competirá adoptar a los jueces y notarios, en caso de que así les toque hacerlo, pero consideramos que es preciso hacer algunas anotaciones al respecto. Dos de los posibles senderos a partir de los cuales se puede construir una respuesta al interrogante planteado, son los siguientes: (i) los notarios y jueces deben celebrar en tal caso un contrato aplicando análogamente las reglas legales vigentes para un contrato de carácter marital [el de parejas de personas de distinto sexo], o (ii) celebrar un contrato con cláusulas que sean lo más

¹⁷⁴ Intervención del Representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos dentro del proceso resuelto mediante la sentencia C-886 de 2010, a la que se hará referencia posteriormente.

¹⁷⁵ Los Principios de Yogyakarta *‘sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género’* establecen parámetros jurídicos que aplican el derecho internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. El texto marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen para garantizar las protecciones a los Derechos Humanos a las personas LGBTI. El documento fue elaborado a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008) y se redactó en noviembre de 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por un grupo de 29 expertos en Derechos Humanos y derecho internacional de varios países.

parecidas a las de un matrimonio, pero no con base en una aplicación analógica de las normas maritales vigentes, sino en las disposiciones legales y constitucionales que contemplan las amplias libertades contractuales con que cuentan los ciudadanos.

1.2.9.1. El segundo de los caminos es una opción jurídica que ha sido posible siempre y seguirá siéndolo para las parejas de personas del mismo sexo. Es un camino vigente hoy, antes del 20 de junio de 2013, y lo será también después de esa fecha. Si el Congreso de la República no corrige el déficit de protección a las parejas de personas del mismo sexo, es tanto como suponer que el efecto de la sentencia C-577 de 2011 lejos de proteger los derechos de las parejas en cuestión, fue cercenarlos y desconocerlos o simplemente dejarlos desprotegidos. En otras palabras, supondría entender que el efecto práctico fue expandir el déficit de protección. En efecto, un contrato parecido al matrimonio, celebrado en ejercicio de las libertades contractuales y la autonomía de la voluntad es algo que las personas del mismo sexo que constituyen una pareja pueden hacer desde la expedición de la Constitución de 1991. De hecho, muchas de las libertades contractuales que podrían ejercer para desarrollar tal modelo contractual existían ya bajo el orden constitucional anterior.

Suponer que el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011 hace referencia a una forma contractual, que las parejas de personas del mismo sexo ya podían realizar al momento de presentar la demanda de inconstitucionalidad estudiada en este proceso, supondría dos posibles lecturas, ambas absurdas. Podría considerarse que el numeral aludido de la parte resolutive tiene efecto y señala que solamente hasta la fecha indicada (junio de 2013) puede celebrarse el contrato aludido, en cuyo caso debería entenderse que la sentencia C-577 de 2011 suspendió los derechos contractuales de las parejas de personas del mismo sexo y aumentó el déficit de protección, como se indicó. Esto es, que en lugar de asegurar el goce efectivo de las libertades contractuales, se restringió más de lo que ya estaba. La segunda lectura sería que la resolución de la sentencia no restringe el derecho contractual de las personas, en cuyo caso no tendría valor alguno el plazo fijado para la celebración de tales contratos. ¿Si la Corte hacía referencia a una libertad contractual existente y no la estaba restringiendo, por qué fijó un plazo para poder ejercer tal derecho?

1.2.9.2. La primera interpretación del numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011 es que los jueces y los notarios deben celebrar un contrato aplicando análogamente las reglas legales contempladas para el matrimonio de parejas de personas de distinto sexo, si el Congreso de la República no corrige el déficit de protección antes de la fecha fijada (junio de 2013). Esta respuesta, que es la correcta, está en la propia sentencia. En sus consideraciones, indica que el propósito del numeral quinto de la parte resolutive es asegurar el goce efectivo del derecho respecto del cual existe un déficit de protección, en el evento que el Congreso de la República no cumpla con sus deberes constitucionales. Por eso dice,

“En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a este tipo de unión.” (acento fuera del texto original)¹⁷⁶

Pueden tenerse en cuenta varias conclusiones. (i) El contrato que se podría celebrar a partir de 2013 es un acto jurídico que actualmente no puede ser llevado a cabo. No tiene ningún sentido pensar que la Corte autorizó que se celebrara un contrato que hoy se puede llevar a cabo. (ii) El acto en cuestión ocupa el espacio jurídico que ha debido llenar el Congreso de la República con las medidas legislativas que acabarían con el déficit de protección detectado por la Corte. El contrato del que se habla es uno que se puede hacer si el Congreso no actúa, luego se hace referencia a un acto jurídico que remplace lo que el legislador ha debido hacer para superar el déficit de protección. (iii) Es claro que se está pensando en una forma contractual análoga al matrimonio actualmente considerado, por cuanto los actos jurídicos contractuales no requieren en principio la presencia de un notario o un juez. Que se contemple como indispensable la presencia del juez o del notario evidencia que la sentencia está pensando en una forma contractual similar al matrimonio que requiere, precisamente, que alguien lo oficie. La orden impartida, *erga omnes*, al respecto, busca garantizar a las parejas de personas del mismo sexo el goce efectivo de su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal ante juez o notario.

La sentencia C-577 de 2011 reitera, entre otras, la sentencia C-075 de 2007. Allí puede ser encontrado otro parámetro para la respuesta a la pregunta sobre qué contrato deben realizar jueces y notarios. En esa oportunidad se resolvió tratar a las parejas de personas del mismo sexo *como si* fueran una unión marital de hecho, hasta tanto se supla el déficit de protección. No son la misma institución, pero si deberán ser tratados como tales hasta tanto el legislador regule la materia. De la misma forma, los notarios y los jueces deberán celebrar los contratos maritales entre parejas de personas del mismo sexo, aplicando las normas legales, *como si* reunieran los actuales requisitos legales para contraer

¹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

el matrimonio de parejas de sexo distinto, hasta tanto el legislador supere el déficit de protección existente. Por supuesto, si el legislador no actúa antes del 20 de junio de 2013 y permite que esta situación de interinidad ocurra, deberá tomar las medidas legislativas adecuadas y necesarias para que no existan traumatismos en el ejercicio del derecho constitucional protegido, y se permita hacer un tránsito apropiado (sereno, no accidentado) del tratamiento de dichas instituciones como si fueran matrimonios regulados por el artículo 113 del Código Civil, a la figura contractual de carácter marital, solemne y formal que finalmente decreta el legislador para el efecto (en caso de que no se opte, por ejemplo, por extender el ámbito de aplicación del artículo 113 en mención). En cualquier caso, se insiste, el Congreso de la República tiene amplios poderes de configuración legislativa que le permiten diseñar y rediseñar en democracia las instituciones maritales de la forma que crea conveniente, especialmente si con tales cambios busca asegurar el principio de igualdad en materia de protección al núcleo básico de la sociedad, la familia.

1.2.10. El propósito de la decisión adoptada en la sentencia C-577 de 2011 es doble: tomar una decisión que respetara, por una parte, la facultad legislativa del Congreso de la República, pero que a la vez permitiera asegurar el goce efectivo del derecho de las parejas de personas del mismo sexo, en caso tal de que el legislador no establezca los parámetros normativos adecuados para garantizarle a tales parejas el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. Así debe ser leída la sentencia, tanto por el Congreso de la República como por los jueces y notarios, en caso tal que el poder legislativo no regule la materia dentro del plazo señalado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la parte resolutive del texto (20 de junio de 2013).

2. Aclaraciones sobre aspectos específicos de la fundamentación de la sentencia C-577 de 2011.

El aparte anterior de esta aclaración de voto se centró en mostrar cuál fue la decisión que se adoptó en la sentencia C-577 de 2011 y la razón constitucional consignada en el texto por la cual la acompañamos. Sin embargo, como lo anunciamos al principio, existen algunas de las razones, así como de los términos en los cuales éstas son presentadas, que los Magistrados que aclaramos el voto no compartimos. A continuación se harán explícitas aquellas cuestiones en las que diferimos, resaltando los puntos de controversia con el texto de la sentencia o simplemente presentando una aclaración, que dimensione el alcance de algunas de las afirmaciones hechas en la sentencia C-577 de 2011.

2.1. El estudio de hipótesis legislativas no sometidas a debate constitucional no hace jurisprudencia

En el apartado (4.5.3.2.) de las consideraciones de la sentencia C-577 de 2011, la Corte contempló opciones normativas para proteger los derechos de parejas de personas del mismo sexo. No obstante, entró a hacer consideraciones sobre

asuntos que no estaban en discusión en el presente proceso en estricto sentido. Por ejemplo: ¿es constitucional una ley que permite a los hombres y a las mujeres establecer ‘un vínculo jurídico’ alternativo al matrimonio para formalizar dicha unión, a pesar de que se mantenga el derecho de casarse libremente? Para que tal problema jurídico fuera resuelto por la Corte Constitucional con autoridad se requeriría, en primer lugar, que tal suerte de disposición legislativa fuera aprobada por el Congreso de la República y, posteriormente, que alguna persona, en ejercicio de sus derechos políticos, la demandara ante la Corte Constitucional. En tal caso, y sólo en tal caso, se sentaría jurisprudencia al respecto. Por tanto, como un dicho de paso (*obiter dicta*) se han de tener consideraciones de tal estilo.¹⁷⁷

No está facultada la Corte Constitucional para fijar, *ex ante*, límites al poder legislativo sobre cuestiones frente a las cuales la propia Corte le ha reconocido un amplio margen de configuración al legislador. No propendemos los Magistrados que aclaramos el voto porque el legislador pueda crear nuevas figuras alternas o diversas al matrimonio para las parejas de distinto sexo. Propendemos porque la Corte sea respetuosa de las competencias legislativas y que no se pronuncie sobre cuestiones e hipótesis normativas que no le han sido sometidas a su consideración directa ni indirectamente. Las decisiones de constitucionalidad de la Corte frente a las leyes de la República son con ocasión de una demanda concreta y específica, y por los cargos allí propuestos, no sobre cuestiones diversas que se consideró importante mencionar en una sentencia. Los jueces constitucionales no se pronuncian sobre asuntos que consideran pertinentes, son los ciudadanos los que deciden qué cuestiones han de tratar, mediante acciones públicas. En tal medida, la gran variedad de comentarios acerca de la familia que no tienen una relación clara y directa con el problema jurídico que la Corte debía resolver, como por ejemplo, la igualdad que debe respetarse entre los hijos habidos dentro y fuera de la institución matrimonial, la necesidad de firmeza de las decisiones de dar un niño en adopción, que la presunción a favor de la familia biológica puede ceder ante la familia de crianza o cuáles son las clases de hijos que existen, son meros dichos de paso. Independientemente de cuál sea la opinión que los Magistrados que aclaramos el voto tengamos con relación a estas cuestiones, se trata de asuntos sobre los cuales la Corte no tenía competencia para pronunciarse, salvo a manera de dicho de paso (*obiter dicta*).¹⁷⁸

¹⁷⁷ Por ejemplo, se dijo al respecto: “Mas como quiera que, por virtud del artículo 5° de la Carta y del primer inciso del mismo artículo 42, la familia también tiene un componente institucional, desde esta perspectiva resulta procedente sostener que el Constituyente manda que el vínculo jurídico que da lugar a la familia heterosexual no es otro que ‘la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio’, razón por la cual, tratándose de las parejas heterosexuales, el legislador ha de contemplar el matrimonio como único vínculo jurídico al que pueden aspirar los miembros de esas parejas que voluntariamente decida formalizar su unión.” Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

¹⁷⁸ Los comentarios que sobre la familia se hacen, tienen en mente, ante todo, los prototipos de familia occidentales y mayoritarios en la sociedad colombiana. No se refieren a la generalidad de las familias que existen dentro de la diversidad y pluralidad cultural que existe en Colombia. Las nociones de familia propias de las distintas culturas indígenas o afrocolombianas, en sus distintas y diversas manifestaciones, no fueron consideradas expresamente dentro de la sentencia C-577 de 2011. Tampoco las diversas y complejas manifestaciones de las familias divididas, ensambladas y re-ensambladas, o de los grupos familiares destruidos y recompuestos en las trágicas dinámicas del conflicto armado nacional. Sin embargo, el hecho de que no se

2.2. Alcance de la decisión de no existencia de omisión legislativa relativa en el artículo 113 del Código Civil

¿Qué implica sostener que el legislador no ha omitido incluir a las parejas de personas del mismo sexo en el artículo 113 del Código Civil? Lo que antes se esclareció y distinguió como la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, a saber: el legislador viola los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación y la autonomía personal, al mantener un déficit de protección legal de tales derechos, por haber omitido diseñar un régimen contractual marital solemne y formal, sensible a su condición de sujetos de especial protección constitucional (por tratarse de un grupo excluido y marginado tradicionalmente en el país). En tal medida, el reproche constitucional al déficit de protección legal a las parejas de personas del mismo sexo, no se soluciona incluyendo, así sea por vía de interpretación constitucional, a las parejas de personas del mismo sexo dentro del artículo 113 del Código Civil. Esto implicaría vulnerar el derecho de este grupo de personas a que su situación sea considerada y desarrollada por el Congreso de la República. El Legislador, en democracia, debe plantear sus problemas, necesidades y anhelos, para poder darles cabal respuesta y solución.

La decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007 no igualó las parejas de personas del mismo sexo a las parejas de las personas de distinto sexo, como ahora tampoco lo hace la sentencia C-577 de 2011. En tanto se trata de uniones de hecho, de uniones libres, basadas en las decisiones autónomas y libres de quienes conforman la pareja, el legislador puede considerar conveniente diseñar de forma particular ciertos aspectos de tal institución en el caso de las parejas de personas del mismo sexo, respondiendo, por ejemplo, a las peticiones y reivindicaciones de tales grupos sociales en los debates políticos en democracia, dentro y fuera del Congreso, durante el proceso legislativo respectivo. De igual manera puede ocurrir con el diseño de las reglas legales que permitirán a las parejas de personas del mismo sexo ejercer el derecho marital reconocido. El artículo 113 del Código Civil y las normas subsiguientes no son inconstitucionales por referirse al matrimonio entre parejas de distinto sexo. Como lo sostiene la sentencia C-577 de 2011, el legislador desarrolla en tales disposiciones el derecho constitucional de hombres y mujeres a constituir familia mediante matrimonio. Nuevamente, el sentido básico de la decisión es reprochar el déficit de protección legal a las parejas de personas del mismo sexo, no el grado de protección que sí se brinda a las de distinto sexo.

2.3. El régimen matrimonial vigente es anterior a la Constitución Política

El punto de partida de las discusiones que el Congreso de la República debe dar en el futuro sobre el asunto, es el que ha sido reconocido unánimemente por la Sala Plena de la Corte Constitucional: el orden legal matrimonial vigente en la

hubiese hecho referencia expresa a tales grupos familiares, en modo alguno implica que no tengan protección en igualdad de condiciones, bajo el orden constitucional vigente.

actualidad, fue diseñado y aprobado en contextos constitucionales anteriores, sin tener en cuenta los valores del estado actual, profundamente pluralista y respetuoso de las libertades y la dignidad de todas las personas y de toda familia, sin distinción alguna. Por eso, el orden legal vigente ha mantenido un déficit de protección legal irrazonable y desproporcionado, respecto a la protección de las familias constituidas por parejas de personas del mismo sexo.

Una de las funciones que se ha dado tradicionalmente en Colombia a la institución matrimonial, como se dijo, es la de excluir ciertas construcciones familiares a lo largo de la historia. Las tensiones entre el matrimonio civil y el matrimonio religioso, por ejemplo, fueron centrales a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX. De hecho, el régimen matrimonial fue una de las razones que motivaron las guerras civiles que padeció el país en el pasado.¹⁷⁹ En la sentencia C-456 de 1993, la Corte recordaba que “[una] vez promulgada la Carta Política de 1886, el Consejo Nacional de Delegatarios expidió las leyes 57 y 153 de 1887, las cuales regularon el régimen matrimonial. Dicha regulación se hizo en consonancia con la doctrina católica que considera el matrimonio como uno de los sacramentos, cuyo vínculo es indisoluble. Como corolario de lo anterior, el rito católico tenía plenos efectos civiles.”¹⁸⁰ Esta decisión política, impuesta por el gobierno de la Regeneración Conservadora, años antes de que Colombia entrara en la cruenta guerra de los mil días, resolvía lo que para muchos había sido una grave injusticia, a saber, el desconocimiento del matrimonio religioso. En efecto, antes de que la Ley 57 de 1887 adoptara el Código Civil como legislación nacional, dicho Código era ley en aquellos estados que hacían parte de los Estados Unidos de Colombia y, autónomamente así lo habían decidido. La Ley 57 habría pues, corregido la injusticia de haber desconocido los matrimonios religiosos, en su proyección civil y política.¹⁸¹ No obstante, la época de la regeneración trajo consigo nuevas exclusiones, pero esta vez para el matrimonio civil. Así, por ejemplo, en 1888 se decidió mediante la Ley 30 de ese año, que consagró la nulidad *ipso iure* del matrimonio civil, cuando alguno de los cónyuges contrajera matrimonio por el rito Católico. Tal

¹⁷⁹ Las disputas giraban en torno a los efectos del matrimonio religioso por un lado y el matrimonio civil por el otro. También se ocupan de establecer el grado de injerencia del Congreso de la República en la regulación del matrimonio y lo que se denominaba la ‘familia legítimamente constituida’, y el grado de injerencia de órdenes jurídicos diversos como, por ejemplo, el derecho canónico.

¹⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

¹⁸¹ La Ley 57 de 1887 en su artículo 12 estableció que ‘son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico’. Tres años después, en 1890, Miguel Antonio Caro escribía al respecto: “Las Leyes del matrimonio civil, que hicieron caso omiso del sacramento, como si no existiese, produjeron graves males en Colombia, porque, prescindiendo de la cuestión de derecho, pugnaban con la costumbre popular, tradicional e invencible de un pueblo dotado con el inestimable bien de la unidad religiosa. Por mucho tiempo los casados prescindieron de la formalidad civil, y no por deliberada e imputable desobediencia a la ley en lo general, sino por yerro y pasión política del legislador, que no consultó una costumbre benéfica, fundada en la ley moral. Perturbándose las reglas naturales de la sucesión, y sancionáronse injusticias lamentables. || Hombres prudentes y reflexivos del partido liberal mismo comprendieron la necesidad de remediar en parte estos males, legitimando por la ley retroactiva los matrimonios que la ley común desconocía, pero al propio tiempo no dejó de observarse que esta reparación suponía una reforma fundamental, como la que empezó a efectuarse, con el cambio de instituciones, desde 1886.” CARO, Miguel Antonio (1890) Retroactividad en relación con el matrimonio, en *Estudios Constitucionales y Jurídicos*, Segunda Serie. Instituto Caro y Cuervo. Bogotá, 1986. p. 415.

recuento, también ha sido hecho por la jurisprudencia constitucional.¹⁸² Así, fue con la Constitución de 1991 que se abrió una página de tolerancia y respeto por las diferencias en este tema, permitiendo que coexistan diversos tipos y clases de matrimonios. La labor que ha de asumir el legislador colombiano, por tanto, es remover las últimas exclusiones que se mantienen en el ámbito de la regulación de las familias constituidas mediante contratos de carácter marital, formal y solemne.

2.4. La homosexualidad es una característica que se refiere a las condiciones o actos de las personas, no a las parejas o a las familias

Una de las críticas que se ha hecho a la jurisprudencia constitucional colombiana sobre sexo, género e identidad, es el hecho de haber sido especialmente ‘homo’ céntrica y binaria. Se le cuestiona haber visto las diversidades y las complejidades de los diferentes casos que tienen que ver con aquellas dimensiones humanas a la luz de los tradicionales conceptos de ‘homosexualidad’ u ‘homosexualismo’, por cuanto conciben el caso de la homosexualidad masculina como el caso paradigmático de diversidad sexual. Esto es especialmente grave en el caso de mujeres con orientaciones sexuales diversas, por cuanto se les somete a una doble discriminación: una por el hecho de no ser heterosexual y otra por ser mujer. Los derechos de las mujeres lesbianas o bisexuales, por ejemplo, suelen ser invisibilizados por las aproximaciones homocéntricas que se hacen a los problemas jurídicos como el resuelto en la sentencia C-577 de 2011.

2.4.1. Hablar de ‘parejas homosexuales’ o ‘parejas heterosexuales’ es un error categorial. La homosexualidad es una condición que se predica de una persona, no de una pareja. De hecho, la orientación sexual es una característica de las personas no de las parejas. Son las personas quienes pueden ser consideradas heterosexuales, homosexuales o bisexuales, no las parejas. La propia sentencia aclara que cuando se refiere a una pareja homosexual, habla, en realidad de una pareja conformada por dos personas cuya orientación sexual es ser homosexual.

¹⁸² Sobre las restricciones impuestas en la Ley 30 de 1888 y la posterior llamada ‘ley Concha’ que impedía a los Católicos casarse por lo civil, salvo que apostataran de su fe, señaló la Corte: “La Ley 30 de 1888 en su artículo 30 consagró la nulidad *ipso iure* del matrimonio civil, por el hecho de que uno de los cónyuges contraiga matrimonio religioso católico con otra persona. Esta norma rigió hasta la ley 54 de 1924, que aceptó excluir de tal imposición -la negativa para los católicos de contraer matrimonio civil- a quienes formal y reiteradamente manifestaran su abandono a la iglesia católica, con la consecuencia de la pena de excomunión mayor. || El régimen matrimonial así conformado con matrimonio civil indisoluble, sólo para los católicos en un principio y luego también para los apóstatas, y matrimonio católico para los católicos que no hayan hecho declaración formal y reiterada de su abandono religioso, sometido a la legislación, administración y jurisdicción canónica en todo lo relativo a la validez del vínculo y a la vida común de los cónyuges, subsistió tal cual hasta la puesta en vigencia del Concordato de 1973, o sea, hasta el 3 de junio de 1975. || A partir del 2 de julio de 1975, en razón del canje de notas de ratificación del Concordato del 12 de julio de 1973, aprobado por la ley 20 de 1974, se admitió el matrimonio civil de los que profesan la religión católica, y se le reconocieron efectos civiles sin necesidad de tener que hacer renuncia pública de su credo. || Con base en la ley la de 1976, en vigor desde el 18 de febrero de dicho año, se admitió la disolución del matrimonio civil por decreto judicial de divorcio. En este sentido los matrimonios canónicos estaban sometidos a una doble legislación y jurisdicción: la canónica, para su celebración y disolución, y la civil, para sus efectos personales y patrimoniales, al paso que los matrimonios civiles estaban íntegra y exclusivamente sometidos a la ley y jurisdicción civiles.” Corte Constitucional, sentencia C-456 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

Este error categorial (emplear la orientación sexual como una característica de las parejas y no de las personas) es grave constitucionalmente por cuanto sirve para estigmatizar a un tipo de parejas. En especial si, como ocurre en la sentencia C-577 de 2011, el error categorial se expande hasta la noción misma de familia, introduciendo así distinciones entre tipos de familia con base en criterios sospechosos. Se habla entonces de familias homosexuales, familias bisexuales, familias heterosexuales. ¿Acaso, las personas homosexuales no crecieron en familias donde hay heterosexuales? ¿No puede el hijo biológico de una mujer homosexual ser heterosexual? El concepto de familia homosexual o heterosexual se revela discriminatorio. No se puede promover una clasificación de las familias en razón a su origen, es decir, en razón a la manera en que fue constituida.

2.4.2. Un estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad, debe tener especial cuidado al seleccionar el lenguaje que va a emplear para referirse a grupos que han sido tradicionalmente excluidos y discriminados de múltiples ámbitos de la vida. Al igual que la bandera multicolor de arco iris, que simboliza la diversidad y multiplicidad de manifestaciones de lo humano, la sigla ‘LGTBI’ respeta la diversidad de las opciones sexuales y de identidad de género. La L hace referencia a lesbiana; la G a gay; la T a trans;¹⁸³ la B a bisexual y la I a intersexual.¹⁸⁴ La exclusión de grupos tradicionalmente marginados ha ido de la mano de la privación de las palabras y los conceptos que le permitían a esos grupos autonombrarse con dignidad y libertad. Controlar o pretender regir el lenguaje y sus usos, no es una tarea del juez constitucional. No es su deber ajustar e imponer las reglas del buen uso del lenguaje. Pero sí le corresponde por lo menos (i) abstenerse de usar expresiones o concepto que afecten la dignidad, la libertad, la autonomía o el respeto de las personas, así como (ii) impedir el uso de expresiones y de lenguaje que conlleve una clara y evidente afectación de un derecho constitucional fundamental, salvo que se trate un ejercicio legítimo de las libertades de expresión. Seguir resumiendo la multiplicidad de cuestiones constitucionales que diariamente la diversidad sexual y la identidad género plantean bajo el rótulo de los problemas de ‘*los homosexuales*’, es una suerte de violencia lingüística, violencia simbólica, donde se le impone a unas personas la forma de autodenominarse, así no estén de acuerdo con el uso de la expresión (como algunos gays) o incluso si simplemente consideran que no las incluye (como las lesbianas o las personas trans). Los Magistrados que aclaramos el voto consideramos que no es cuestionable en sí mismo el uso de la expresión ‘homosexualidad’ u ‘homosexuales’, pero sí el hecho de emplearlas para invisibilizar la diversidad

¹⁸³ Un hombre trans es una persona que nació mujer e hizo tránsito a hombre, una mujer trans es una persona que nació hombre e hizo tránsito a mujer. También se usa la expresión transgenerista para referirse a alguien trans.

¹⁸⁴ Algunas personas usan la expresión LGTB sin incluir la I por razones relacionadas con la acción de estos grupos sociales. En el presente texto se ha optado por incluir la I por cuanto así es usado en el contexto de varias políticas públicas vigentes en la actualidad y en tanto es más incluyente.

de casos y situaciones que entrañan las orientaciones sexuales diversas y las diferentes manifestaciones de la identidad de género.¹⁸⁵

2.5. El giro hacia la orientación sexual como categoría central de análisis en la jurisprudencia constitucional es un cambio conceptual definido y reiterado

Concentrarse en el criterio de homosexualidad y no en los criterios de orientación sexual, identidad de género y sexo, para analizar los problemas jurídicos en torno a los derechos de las personas o de las parejas, implica desconocer los avances que en la materia ha dado la jurisprudencia constitucional.

2.5.1. Por ejemplo, en la sentencia T-314 de 2011 se analizó la petición de una mujer trans, que mediante acción de tutela reclamó su derecho a no ser discriminada a ingresar a un establecimiento público.¹⁸⁶ En esa ocasión, la Corte Constitucional retomó la jurisprudencia constitucional al respecto, evidenciando las complejidades que supone la aproximación a la cuestión, tanto por los prejuicios que sobre la materia pueden alterar el buen juicio, como por las controversias biológicas, antropológicas o psicológicas que la comprensión cabal de estos fenómenos suponen. No obstante, el recuento jurisprudencial realizado, evidencia que en medio de esta variedad de casos que involucran relaciones entre la sexualidad, la identidad y el género, lo importante en términos constitucionales es reivindicar, respetar, proteger y garantizar la libertad, la dignidad y la autonomía de toda persona; librarla de cualquier tipo de marginación, exclusión o discriminación que exista. Por ser un asunto de gran importancia para la decisión actual, para los futuros debates parlamentarios en la materia, y para evidenciar la evolución de una jurisprudencia centrada en el concepto de homosexualidad, se transcribe a continuación de manera extensa la reciente recopilación jurisprudencial hecha en la sentencia T-314 de 2011 al respecto.¹⁸⁷ Dijo la Corte en aquella oportunidad,

“Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). La orientación sexual y la identidad de género como criterios sospechosos de discriminación.

¹⁸⁵ Para algunos autores, el uso de la expresión homosexual es en sí misma reprochable. A partir de la genealogía de la expresión, los estudios de sexualidad de Michel Foucault han resaltado su carácter histórico, clínico y patológico. Se trataría pues, de una expresión que lleva consigo misma, la idea de concebir orientaciones sexuales diversas como un comportamiento enfermo o desviado (Al respecto ver por ejemplo: FOUCAULT, Michel. (1976) 1991. *Historia de la Sexualidad I*. La voluntad del saber. Siglo XXI. México; GUASCH, Oscar. 1991. *La sociedad rosa*. Anagrama. Barcelona).

¹⁸⁶ Según alegó, había intentado asistir acompañada de amigos a dos fiestas electrónicas en el piso 30 del Hotel Tequendama en el Distrito Capital, y en las dos ocasiones se le impidió el ingreso a los eventos por motivo de su identidad de género, es decir, por ser una persona trans. La Corte no tuteló los derechos de la accionante porque el establecimiento demandado demostró que su decisión de impedir el ingreso se fundó en criterios objetivos y razonables, no en su identidad de género. Corte Constitucional, sentencia T-314 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹⁸⁷ La sentencia T-314 de 2011 fue votada por los Magistrados Nilson Elías Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, este último con aclaración no justificada expresamente.

9.1. En lo relativo a la orientación sexual como criterio de discriminación, esta Corporación ha especificado que el Estado como garante de la pluralidad de derechos, debe proteger la coexistencia de las distintas manifestaciones humanas, por lo que no puede vulnerar la esfera privada, a menos que con el ejercicio del derecho se desconozcan ilegítimamente los derechos de los demás o el orden jurídico. Por tanto se debe propugnar tanto por las autoridades públicas como por parte de los particulares que las actitudes ante las expresiones sexuales diversas propias de la comunidad LGBTI, se abstengan de imponer criterios o cánones específicos basados en esquemas heterosexistas. Es lo que la doctrina autorizada ha denominado “*la coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.*”¹⁸⁸

Como se evidencia de las afirmaciones anteriores se puede observar como en la *Sentencia T-594/93* se han reconocido los derechos al pluralismo, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la identidad. Allí se confirmó el fallo de un Juez del Circuito de Cali que autorizó y ordenó a un Notario de dicha ciudad a reconocer a un ciudadano nacido hombre para que se cambiara a nombre femenino. [...] || Así mismo, en la *Sentencia T-097/94* la Corte estudió el caso de un estudiante de una escuela militar en la cual había sido sancionado por efectuar “*actos de homosexualismo*”. En dicha providencia la Corte precisó que la mera condición gay de una persona no puede ser forzosamente motivo de exclusión. [...] || En similar sentido, en la *Sentencia T-539/94* la Corte analizó la tutela interpuesta en contra del Consejo Nacional de Televisión, quien negó a presentar el comercial denominado “*Sida-referencia-Beso-duración 40*”, donde aparecían dos hombres que se besan y luego se alejan caminando, abrazados, por la Plaza de Bolívar de Bogotá, lugar donde se desarrollaba el comercial. [...] || Igualmente, en la *Sentencia T-101/98* este Tribunal revisó el asunto de dos estudiantes a quienes se les negó el cupo en una institución educativa por su presunta relación afectiva homosexual. [...] ¹⁸⁹ || En la *Sentencia T-268/00*, relativa a una acción de tutela interpuesta contra la Alcaldía de Neiva la cual había prohibido organizar un reinado travesti en un sitio público.¹⁹⁰ [...] || En

¹⁸⁸ Luis Prieto Sanchís, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid, Trotta, 2003, p.117.

¹⁸⁹ En materia educativa, en la *Sentencia T-569/94* se estudió el caso que negó el amparo de un estudiante que se presentaba a clase con zapatos de tacón y maquillaje.

¹⁹⁰ La Corte sostuvo: “La mera trascendencia social de la condición “gay” en sus diferentes manifestaciones, no puede ser considerada *a priori* como una razón válida para establecer mecanismos de discriminación e impedir con ello la expresión pública de la condición homosexual. Si bien se ha reconocido que la diversidad sexual involucra aspectos que pertenecen al fuero íntimo de las personas, ello en modo alguno indica que el

similar sentido puede consultarse la *Sentencia T-435/02*, en la que se revisó la problemática de una estudiante a quien se le canceló la matrícula en una institución educativa religiosa debido a la duda respecto de su orientación sexual.^[191]

En materia de sentencias que hacen referencia a los derechos de miembros de la comunidad LGBTI o en los que se ha hecho reseña expresa a criterios sospechosos relacionados con esta, puede consultarse la *Sentencia T-808/03* donde se protegieron los derechos de una persona gay retirada de la organización Scout de Colombia, debido a su orientación sexual. || En este caso la Corte amparó los derechos invocados y avanzó en el sentido de recordar que las instituciones privadas también tienen la prohibición de no discriminar a las personas por motivo de su condición sexual. [...] || Así mismo, en *Sentencia T-301/00* la Corte revisó la denuncia de un trabajador sexual gay que demandó a la policía del Magdalena debido a la prohibición expresa de ubicarse en cierto sector de la ciudad de Santa Marta. En dicho asunto el actor aseguró que las detenciones y los hostigamientos eran debido a la orientación homosexual de los trabajadores. El comandante de policía del Magdalena, entre otros argumentos, manifestó que si bien en otros lugares la conducta de personas homosexuales es normal, en la costa caribe colombiana aquellas manifestaciones daban al traste con las buenas costumbres de los “*ciudadanos de bien*”. En la citada providencia se aplicó un test estricto de igualdad, puesto que el fundamento del trato discriminatorio se basó en criterios sospechosos derivados de la tensión entre la condición sexual y salvaguarda de la moral pública [...] || Posteriormente, en la *Sentencia T-152/07*, ante la negativa de una constructora en contratar a un obrero de condición transexual, la Corte recordó [...] la identidad de género como criterio de discriminación [...] en materia laboral [...] || De igual manera la jurisprudencia ha protegido a personas gay frente al ejercicio de la sexualidad en recintos carcelarios, como en la *Sentencia T-1096/04* en el caso de un hombre homosexual que por su condición

único foro posible para la afirmación y manifestación de esa diversidad está restringido o limitado a un ámbito exclusivamente personal. Un discurso en ese sentido nos llevaría al absurdo de concluir, que la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que consagra la Carta, se circunscribe a espacios restringidos o ghettos, y que por fuera de ellos, existen unos criterios institucionalizados, morales y de comportamiento, impuestos por el Estado, que no pueden ser rebasados por los ciudadanos, ni aún como expresión de su identidad e individualidad.”

¹⁹¹ Continúa la sentencia T-314 de 2011 citando el precedente jurisprudencial aludido así: “[...] En aquella ocasión la Corte reiteró que: ‘Concretamente, la sexualidad aparece como un elemento consustancial a la persona humana y a su naturaleza interior, el cual, necesariamente, hace parte de su entorno más íntimo. La prohibida protección constitucional del individuo, representada en los derechos al libre desarrollo de su personalidad e intimidad, incluye entonces, en su núcleo esencial, el proceso de autodeterminación en materia de preferencias sexuales. En este sentido, la Corte ha considerado que si la autodeterminación sexual del individuo constituye una manifestación de su libertad fundamental y de su autonomía, como en efecto lo es, ni el Estado ni la sociedad se encuentran habilitados para obstruir el libre proceso de formación de una específica identidad sexual, pues ello conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente.’”

era víctima de violación sexual en la cárcel, sin que las autoridades lo protegieran.¹⁹² O el caso de la *Sentencia T-499/03*, de una lesbiana recluida en establecimiento carcelario que solicitaba la visita íntima de su pareja. En dicha ocasión la Corte evidenció la necesidad de que la Defensoría del Pueblo adelantara las acciones judiciales y administrativas conducentes a fin de que el Ministerio del Interior y Justicia reglamentara las visitas íntimas en los centros de reclusión, considerando el ejercicio de la sexualidad en condiciones de igualdad y dignidad.

9.1.2. De otra parte, en lo relativo a los derechos de las parejas del mismo sexo, en control abstracto de normas son variados los reconocimientos que la jurisprudencia ha realizado. Así por ejemplo debe recordarse el asunto contenido en la *Sentencia C-481/98* en el que se declaró inconstitucional la norma que establecía como falta disciplinaria la “homosexualidad” en el ejercicio docente. En la providencia se fijaron las pautas sobre las cuales se deben analizar situaciones de discriminación frente a personas LGBTI. [...] || También, se registra la *Sentencia C-373/02*, por medio de la cual se declararon inexequibles los numerales 1° y 6° del artículo 198 del Decreto 960 de 1970 que establecían el homosexualismo como inhabilidad para ejercer el cargo de notario. || De igual modo, al interior de las fuerzas castrenses se declaró no ajustada a la Carta las disposiciones que establecían la prohibición de tener relaciones con personas homosexuales o realizar actos homosexuales (*Sentencia C-507/99*). Como en similar sentido en la *Sentencia C-431/04* se retiraron del régimen disciplinario de las fuerzas armadas alusiones negativas hacia la comunidad LGBTI. || Finalmente, cabe señalar que en la jurisprudencia se destaca el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo, entre las que se encuentra la *Sentencia C-075/07* respecto de derechos patrimoniales; la *C-336/07* relativa a la sustitución pensional del compañero permanente del mismo homosexual; la *C-811/08* en cuanto a la afiliación al sistema de seguridad social en salud como beneficiario del compañero (a) permanente, la *C-798/08* sobre el derecho entre compañeros (as) permanentes a brindar alimentos; y recientemente el de la *Sentencia C-029/09*, que reconoce los derechos de las parejas del mismo sexo como al patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar, derechos migratorios para las parejas, a la garantía de no incriminación en materia penal, al beneficio de prescindir de la sanción penal y circunstancias de agravación punitiva, al ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos estatales, entre

¹⁹² En similar sentido en la *Sentencia T-848/05* se hizo expresa referencia a la problemática que afrontan los miembros LGBTI en la comunidad carcelaria, llamando la atención a las directivas carcelarias con el fin de que se respetara la libertad sexual de los mismos.

otros.

Conclusión

De lo anteriormente expuesto se tiene que si bien es claro que la Corte Constitucional ha estudiado mayoritariamente reclamos efectuados para la protección y defensa de derechos de las personas con orientación sexual diversa, particularmente frente a situaciones de personas gais, sería un error afirmar que la protección se extiende solo a este segmento de la comunidad, ya que no son los únicos que ejercen su sexualidad de forma distinta a la heterosexual.

Sobre este aspecto se debe hacer distinción entre sexo biológico, orientación sexual e identidad de género, [...] || Por último y de lo identificado por los teóricos a la fecha, se encuentran los intersexuales, que podrían entenderse como la condición de una persona que ostenta simultáneamente desde el punto de vista biológico elementos variables tanto femeninos como masculinos.¹⁹³ || En este punto es plausible advertir que se podría hablar de orientación de la sexualidad o rol de género cuando se trata de lesbianas, gais y bisexuales, ya que ellos están relacionados con un proceso social y cultural que determina un sexo específico, no como criterio esencial de identificación ni mucho menos como categorías únicas. Distinto a la identidad de género que reconoce a cada individuo su condición de hombre, mujer o transexual, marcando una diferencia en este último ya que la relación se da entre el individuo y el proceso cultural. Así, como teniendo en cuenta el caso de los intersexuales o hermafroditas, que aunque comparten lo anterior a *posteriori*, a *priori* están determinados por un hecho impuesto desde el nacimiento.^{194, 195}

¹⁹³ Sobre las tensiones entre sexo y género pueden consultarse, entre otros textos, Butler, Judith (1990,1999). *El Género en Disputa*. Editorial Paidós. Barcelona 1999. Sedwick, Eve Kosofy (1990) *Epistemología del armario*. Ediciones La Tempestad. Barcelona, 1998. [Sobre intersexuales ver por ejemplo: FAUSTO-STERLING, Anne. (2000) 2006. *Cuerpos Sexuados*. Melusina. Barcelona; CABRAL, Mauro *et al.* 2009. *Interdicciones*. Escrituras de la Intersexualidad en Castellano. Anarrés Editorial. Córdoba.]

¹⁹⁴ Sobre la intersexualidad, puede confrontarse lo manifestado por la Corte en la Sentencia SU-337 de 1999, en la que clarificó que “*la intersexualidad no sólo plantea complejos problemas morales, jurídicos y sociales, sino que además es un tema en plena evolución, tanto desde el punto de vista social y ético, como a nivel científico.*” Adicionalmente, la Corte reconoció que “*la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas. Por ello, parafraseando las palabras anteriormente citadas del profesor William Reiner, a todos nosotros nos corresponde escuchar a estas personas y aprender no sólo a convivir con ellas sino aprender de ellas.*” Relacionados con casos de hermafroditismo también pueden consultarse las Sentencias T-477/95, T-1025/02 y T-1021/03.

¹⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-314 de 2011.

Dentro de esta perspectiva, la Corte Constitucional planteó en aquella ocasión (T-314 de 2011) el problema jurídico de manera amplia, utilizando expresiones incluyentes de todas las personas y de los distintos casos de orientación sexual diversa.¹⁹⁶

2.5.2 En el mismo sentido, con ocasión de la defensa al acceso de la sustitución pensional de parejas de personas del mismo sexo, la Corte ya había demostrado este mismo cuidado de utilizar un lenguaje incluyente de las diversas y múltiples formas de manifestación de la sexualidad, del género y de la identidad de personas que viven en una sociedad democrática. Así, en la sentencia T-051 de 2010, al tutelar los derechos de tres personas a recibir la pensión de sobreviviente de sus respectivas pareja, otra persona del mismo sexo, la Sala decidió que las entidades demandadas habían violado el derecho de los accionantes “[...] *al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente*”.¹⁹⁷ El lenguaje empleado en aquella oportunidad por la Corte Constitucional fue amplio; usó la sigla internacional reconocida, LGTB, en los siguientes términos,

“Para la Sala las órdenes que emitirá en la presente providencia deben entenderse también como concretización de las Recomendaciones 112 y 113 emitidas por la Consejo de Derechos Humanos de la ONU frente al Estado colombiano. De este modo, contribuye a avanzar en la garantía efectiva de los derechos de las personas LTGB (Recomendación 112) y participa de manera activa en el esfuerzo por derribar los prejuicios sociales frente a las personas lesbianas gays, bisexuales y transgeneristas (personas LGTB) así como en la defensa del “*principio de igualdad y no discriminación, independientemente de la orientación sexual o identidad de género*”, tal como lo ordena la Recomendación

¹⁹⁶ La sentencia T-314 de 2011 planteó la cuestión en los siguientes términos: “Conforme a los antecedentes expuestos, corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Es procedente la acción de tutela para controvertir la decisión de particulares que organizan eventos en establecimientos abiertos al público, cuando se solicita la protección de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad ante presuntos actos de discriminación? || (ii) ¿Se configura un hecho o daño consumado que origine la carencia actual de objeto de la acción de tutela, cuando se solicita la protección de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad ante presuntos actos de discriminación ocurridos al negar el ingreso a un establecimiento abierto al público? || (iii) ¿Desconoce los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad una persona que limita el ingreso de otra a un evento abierto al público por razón de su orientación sexual o la identidad de género?” Corte Constitucional, sentencia T-314 de 2011. La Sala que decidió esta sentencia estaba conformada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Elías Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁹⁷ Se exigía a los accionantes que probaran su relación con una declaración juramentada ante notario, la cual era imposible en los casos concretos, puesto que uno de los miembros de la pareja había fallecido. La Corte consideró que es irrazonable condicionar el goce efectivo de un derecho a un medio de prueba imposible de cumplir. Corte Constitucional, sentencia T-051 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

En aquella sentencia la decisión no se limitó a proteger a las personas involucradas en los tres expedientes analizados, sino que extendió sus efectos a todas aquellas personas que se encuentren en una situación similar a la de los accionantes.¹⁹⁹ La sentencia T-051 de 2010 se aproximó al problema jurídico planteado desde categorías amplias e incluyentes como la sigla LGTBI o la expresión orientación sexual diversa.

2.5.3 Considerar que las diversidades de expresión de la sexualidad o del género han de ser protegidas según la clasificación que se quiera hacer de las personas, implicaría una suerte de aceptación o de silencio frente a evidentes violaciones del principio que se pretende proteger. Pensar, por ejemplo, que en el caso de la sentencia T-314 de 2011 se protegió el derecho a la no discriminación, pero únicamente de las personas trans, por haber sido éste el supuesto de hecho analizado en el caso, sería tanto como creer que la discriminación en contra de una persona, por ser considerada de raza ‘blanca’ no sirviera como precedente para proteger una persona de raza ‘roja’ o de cualquier otra;²⁰⁰ o que una protección a un cristiano frente a una discriminación no sirve también como referente jurídico para impedir la exclusión de un musulmán. La protección se da a la regla de no excluir con base en criterios de raza, de sexo o de religión, de manera amplia y genérica. No se trata de garantías específicas a razas particulares, credos o religiones determinadas. Precisamente, las reglas generales buscan evitar tales distinciones en la ley que ahora el resto de la Sala Plena parecería querer introducir en la jurisprudencia.

2.5.4 Hablar de comunidad LGTBI, o simplemente hablar de personas de orientación sexual o identidad de género diversa es un cambio en el lenguaje que no sólo se evidencia en la jurisprudencia constitucional, también se encuentra en las mismas participaciones e intervenciones de las personas dentro de los procesos de constitucionalidad o de tutela ante la Corte Constitucional.²⁰¹

¹⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-051 de 2010.

¹⁹⁹ Dijo la sentencia T-051 de 2010 al respecto: “CONCEDER el amparo invocado por los peticionarios: A. Expediente: T-2.292.035; B. Expediente: T-2.299.859; C. Expediente: T-2.386.935, de conformidad con las consideraciones realizadas en la presente sentencia y ORDENAR a las entidades demandadas en los procesos de la referencia que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia procedan a reconocer y a pagar la pensión de sobrevivientes de los peticionarios bajo los mismos requisitos que se les exigen a compañeros y compañeras permanentes heterosexuales. Esta decisión tendrá efectos *inter comunis*, por lo que se hará extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente bajo el supuesto antes indicado. Oficiese.”

²⁰⁰ El cuestionado concepto de raza tiene un sustento cultural fundado usualmente en prejuicios; no es un concepto biológico o genético.

²⁰¹ En el concepto que remitieron en calidad de amigos de la Corte (*amicus curiae*) dentro del proceso T-314 de 2011 usaron tales expresiones la intervención de la Universidad Sergio Arboleda [“A modo de conclusión, afirman que las decisiones de primera y segunda instancia desconocieron la calidad de sujeto de especial protección constitucional de la víctima, y exigieron de ella una carga probatoria que, por la naturaleza de los hechos, se convierte en una condición imposible para hacer exigible la protección de sus derechos fundamentales. || Para los académicos, la protección de los derechos al acceso a la vida cultural y pública de las personas LGBT tiene relación directa con el derecho fundamental a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, lo que se traduce en que su protección implica de las autoridades y de los particulares abstenerse

Sólo pocas voces dentro de los últimos debates constitucionales mantenían la clasificación de ‘homosexualidad’ u ‘homosexualismo’ para hacer referencia a la variedad y diversidad de manifestaciones de la sexualidad, del género o de la identidad. Incluso en casos en los cuales ha estado en cuestión la defensa de los derechos de una persona *trans* ante la justicia constitucional, hay personas que parten de una visión homocéntrica del problema, y lo analizan únicamente a la luz de los conceptos de ‘homosexualidad’ y ‘homosexualismo’ –usualmente teniendo de presente el ‘paradigmático’ caso de los hombres y no el de las mujeres lesbianas–, dejando de lado conceptos como ‘orientación sexual diversa’, ‘identidad de género’, o la sigla ‘LGTBI’.²⁰² Es inaceptable constitucionalmente que se empleen categorías excluyentes. Que se invisibilicen los derechos de personas discriminadas dentro de los discriminados. Excluidos dentro de los excluidos. Un juez constitucional está obligado a tomar medidas para garantizar el goce efectivo de los derechos de todas las personas, sin importar cuál sea su orientación sexual o su identidad de género. En especial, ha de acabar con la situación de *apartheid* físico, social y moral en que se encuentran personas excluidas con base en dichos criterios sospechosos de clasificación, como lo es la población trans de Colombia. Por ninguna circunstancia debería el juez constitucionalmente emplear un lenguaje que clasifique, estereotipe, invisibilice y excluya a ciertos grupos de la sociedad.

2.5.5 Para los Magistrados que aclaramos el voto, la sentencia C-577 de 2011 no es una aplicación de los derechos de las personas ‘homosexuales’, es una aplicación de la regla según la cual ninguna persona puede ser sometida a un trato discriminatorio, en especial cuando este se funda en un criterio sospechoso como lo es el sexo, la orientación sexual o la identidad de género. El precedente jurisprudencial sentado en la decisión que compartimos en lo señalado previamente (C-577 de 2011), se aplica a toda persona o a todo grupo social. Si en un contexto fáctico y situacional distinto, parejas de personas de distinto sexo fueran sometidas a un trato discriminatorio, la sentencia C-577 de 2011 es un precedente a su favor. Se trata de una decisión que protege los derechos de todas

de cometer actos como el que alega la tutelante.”]; en tal sentido también las intervenciones de Brigitte Luis Guillermo Baptiste, Colombia Diversa, DeJuSticia y Women’s Link Worldwide.

²⁰² En la intervención dentro del proceso resuelto mediante la sentencia T-314 de 2011, el señor José Galat Noumer manifestó que “[...] en su criterio las relaciones homosexuales, que incluyen las expresiones travestis o transgeneristas, son contrarias a la naturaleza, a la sociedad, a la realización psicológica de la persona humana, a la Constitución Nacional, a la moral y a dios. || [...] enfatiza que la infecundidad intrínseca de la relación homosexual pone de presente también su carácter radicalmente contrario al interés social, es decir, al bien común de la sociedad. [...] Agrega que [la homosexualidad] es contraria a la realización psicológica de la persona, ya que el amor de pareja que pueda llegar a existir entre hombre y mujer es imitado por los homosexuales. Sin embargo, finalmente, no puede darse entre personas del mismo sexo, ya que mecanismos psicológicos profundos lo impiden. || [...] Estima que [...] contraría a la Constitución Nacional, ya que (i) en el preámbulo de la Suprema Carta de 1991, de forma clara y tajante demuestra que nuestra Constitución lejos de ser ‘laica’ o indiferente, como algunos erróneamente sostienen, por el contrario, subraya que es profundamente teísta. Para sustentar lo anterior afirma: “*En efecto ¿cómo de laica” pueda calificarse una carta constitucional que de modo expreso dice dictarse “...invocando la protección de Dios? || Ahora bien, este carácter teísta de la Carta Suprema de Colombia, conlleva también de modo necesario a una moral teísta, no a una “moral laica” o moral sin Dios. ¿Y cuál es uno de los principios capitales de esta moral? Pues el respeto de la naturaleza y de las relaciones fundadas en ella, que como ya se vio atrás, no compagina con la homosexualidad. || Ahondando más en los preceptos positivos de la Constitución, el artículo 42, por ejemplo, dispone que “... la familia es núcleo fundamental de la sociedad (y) se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer (he subrayado en el texto).” [...]*”

las personas, con independencia a cuál sea su sexo, su identidad de género o su orientación sexual. La propia sentencia C-577 de 2011, como se mostrará en desarrollo de las consideraciones siguientes, sugerirá esta interpretación amplia de sus efectos de forma explícita.

2.6. La institución matrimonial del Código Civil excluye con base en el sexo no en la homosexualidad

El artículo 113 del Código Civil ha sido acusado de ser sexista, por cuanto introduce una distinción con base en tal categoría: el sexo. La centenaria norma civil permite a las parejas de personas de distinto sexo (hombre y mujer) contraer matrimonio, pero no contempla la facultad de hacerlo para parejas de personas del mismo sexo (hombre y hombre, o, mujer y mujer). En otras palabras, una persona encargada de celebrar un matrimonio, antes de la sentencia C-577 de 2011, podía cuestionar tranquilamente la posibilidad de hacerlo a una pareja en concreto, con base en el sexo de las personas. Con el hecho de que fueran dos mujeres o dos hombres y no una pareja de un hombre y una mujer, era posible atacar el matrimonio, independientemente de las consideraciones acerca de las orientaciones sexuales de la misma.

2.6.1. Pensar que la restricción a la que hace referencia la norma legal acusada afecta primordialmente a las personas consideradas homosexuales que quieren contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo, es correcto, pero no lo es pensar que sólo afecta a tal grupo de personas. Limitar la acción de la restricción de la norma a las ‘personas homosexuales’, implica desconocer el impacto que la norma acusada tiene sobre las parejas, según el sexo que tengan, independientemente de cuál sea su orientación sexual o su identidad de género. Como lo dice la propia sentencia frente a la cual aclaramos el voto,

“[...] el argumento plasmado en las demandas no consiste en que a las personas homosexuales se les impida casarse, dado que ‘nunca ha estado prohibido que los homosexuales se casen, por supuesto con personas de distinto sexo’, por lo cual la imposibilidad de contraer matrimonio aducida en las demandas se refiere a que no se les permite casarse con personas del mismo sexo.”²⁰³

Así, una persona homosexual, sea hombre o mujer, puede contraer matrimonio, nada impide que ello sea así. La restricción es que lo quiera hacer con alguien de su mismo sexo. Si un hombre homosexual contrae matrimonio con una mujer—sea esta heterosexual, homosexual o bien sea que se defina de otra manera—, no tiene ningún problema al respecto. Lo mismo ocurre con una mujer lesbiana que se case con un hombre. Surgen pues dilemas de igualdad concretos como por ejemplo ¿por qué permite el sistema jurídico a un hombre gay contraer matrimonio con una mujer lesbiana, con plenitud de efectos legales, pero no así

²⁰³ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

un hombre gay con otro hombre (sea cual sea su orientación sexual) o una mujer lesbiana con otra mujer (sea cual sea su orientación sexual)?

2.6.2. En el caso de las personas trans (transgeneristas o transexuales) la diferencia de trato depende de cuál sea la posición concreta que tenga el sistema jurídico con relación a cual es el sexo que se reconoce oficialmente. Si el sexo que se tiene en cuenta es aquel con el cual la persona nació, las mujeres trans son clasificadas como hombres y los hombres trans como mujeres. Por el contrario si el sistema jurídico asigna a las personas trans el sexo al cual han hecho tránsito, las mujeres trans son consideradas mujeres en tanto los hombres trans son considerados hombres. En caso de que el sexo que se dé a las personas trans sea aquel con el cual nacieron, se verán especialmente afectadas aquellas que se consideren heterosexuales y quieran contraer matrimonio con alguien que consideran de sexo contrario. En efecto, en tal caso una mujer trans seguiría siendo hombre en términos legales y no podría contraer matrimonio con un hombre, de forma similar ocurriría con un hombre trans que seguiría siendo considerado mujer y, en tal caso, no podría casarse con una mujer.

2.6.3. Tal es precisamente el caso que ocurrió entre *el señor S y la señora J Simmons*, con relación a la custodia de su hijo, en el contexto estadounidense.²⁰⁴ Esta pareja estaba conformada por S, un hombre trans y por J, una mujer, que contrajeron matrimonio en 1985, en el momento en que él contaba con 26 años y tenía un registro de nacimiento que lo acreditaba como hombre. El señor S había nacido como mujer, aunque siempre creció se comportó de forma muy masculina. A los 19 había comenzado a vivir como hombre y a los 21 comenzó a consumir hormonas. Seis años después de contraer matrimonio, en 1991, la pareja vivió dos acontecimientos importantes. S se operó y se removió los órganos de reproducción internos, logrando además, obtener un registro de nacimiento que lo clasificaba como ‘hombre’, y, por otra parte, la señora J quedó embarazada mediante técnicas de reproducción asistida, de común acuerdo con su pareja, quedando ambos responsables legalmente del hijo que nacería. Luego del nacimiento en 1992, la pareja tuvo dificultades y se separó un tiempo, lapso durante el cual, por orden judicial, la custodia quedó en manos de S, dando a J derecho de visitas el fin de semana. En 1998, luego de haber tratado de reconciliarse, la pareja terminó definitivamente su relación. En el proceso de disolución del matrimonio, se adelantó un proceso de custodia, en el cual ambas partes pretendían la custodia del menor del cual ambos eran responsables. La decisión de primera instancia (Corte del Circuito) fue considerar que la custodia correspondía a J en su calidad de madre, y que ningún derecho asistía a S, pues no tenía derechos como padre biológico ni como padre legal. El aparente matrimonio que se había celebrado nunca había sido válido y nunca había tenido efectos.²⁰⁵ La Corte consideró que el señor S pese a su historia y al registro de nacimiento legalmente obtenido, siempre había sido una

²⁰⁴ Los nombres fueron alterados para mantenerlos en reserva y proteger la identidad de las personas involucradas en el caso.

²⁰⁵ *In re Marriage of S. Simmons*, N° 98 D 13738, at 1 (Cook County, Ill., Cir. Ct., County Dep’t, Dom. Rel. Div. Apr. 8, 2003).

mujer; antes, durante y después del matrimonio. Por tanto, teniendo en cuenta que el matrimonio entre personas del mismo sexo estaba prohibido, se consideró que el acto había sido celebrado por dos mujeres y que, por tanto, había sido nulo. En tal medida, el mismo no podía haber dado derechos como padre al señor S. No obstante, se reconoció la existencia de una relación entre S y el menor, por lo que se aceptó la existencia de un derecho a visitas. La decisión fue apelada, pero la respectiva Corte reiteró la decisión. La segunda instancia consideró que la primera decisión no había desconocido los hechos; insistió en que el señor S seguía siendo una mujer, entre otras razones, porque no había alterado aún sus genitales externos.²⁰⁶ La decisión de mantener las visitas y no afectar la relación del señor S con el menor se mantuvo. Casos como el presente evidencian la afectación de los derechos de las personas que forman parte de una familia constituida por una pareja de personas del mismo sexo, dado el grado de déficit de protección legal. Aunque se trata de una situación que ocurrió en otro contexto legal, es un ejemplo de los conflictos que dicho déficit de protección, constatado por la Corte Constitucional para el caso colombiano, pueden generar.

2.6.4. Así, cuando el sexo oficial de una persona trans sea el que tenía al nacer, podrá contraer matrimonio con personas que no tengan el mismo sexo. Por el contrario, cuando el sexo oficial de una persona trans sea aquel al cual hizo tránsito, si podrá contraer matrimonio con una persona que tenga el sexo que tenía al nacer. Así, un hombre trans como el señor S Simmons, de acuerdo con la sentencia que recibió, no puede casarse con una mujer, pero sí con un hombre. Si se tuviera en cuenta el sexo al cual hizo tránsito, se podría casar con una mujer pero no con un hombre. Si se asume la primera postura el dilema para la igualdad es: ¿por qué un hombre trans (que nació como una mujer) sí se puede casar con un hombre legalmente, pero no con una mujer? En caso de asumir la segunda postura, el dilema constitucional en torno a la igualdad es el contrario: ¿por qué un hombre trans (que nació como una mujer) sí se puede casar con una mujer legalmente, pero no con un hombre? Estos cruces de posibilidades (matrimonios legales de personas homosexuales y trans, en tanto sean de distinto sexo, pero no si son del mismo) se generan a partir de la norma legal tal cual como está redactada, en tanto la misma no se ocupa de establecer tratos diferentes entre las parejas dependiendo de cuál sea su orientación sexual o cuál sea su identidad de género. La norma simplemente impide la celebración de matrimonios cuando estos están conformados por dos personas del mismo sexo. Sean cuales sean los grupos que en la realidad se vean más afectados, el criterio con base en el cual se hace la clasificación legal es el de sexo, no otro. Caso contrario es el de una legislación que fuera contraria a tales posibilidades.²⁰⁷ Y

²⁰⁶ Corte de Apelaciones de Illinois; *In re Marriage of Simmons*, 825 N.E.2d 303, 307 (Ill. App. Ct. 1st Dist. 2005). La Corte Suprema de Illinois negó las peticiones posteriores presentadas a nombre del señor S y del menor.

²⁰⁷ El Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa ha denunciado una serie de restricciones a los derechos de las personas trans en la región, entre las cuales se encuentra, precisamente, la exigencia que existe en algunos estados de que una persona esté soltera, o se haya divorciado si se había casado, como requisito para que pueda ser considerada oficialmente como alguien con un sexo diferente. Respecto al informe que en tal sentido presentó en 2011 el Comisionado se hará referencia posteriormente en el texto de la presente aclaración de voto.

es precisamente contra ese criterio de sexo que la demanda presenta sus argumentos, por lo que es sobre esta cuestión y no otra que la Corte Constitucional tiene *ius dicto*.²⁰⁸

2.6.5. El caso de las personas que son intersexuales es aún más problemático. Por definición quien es intersexual no es hombre ni mujer. En tal sentido, no puede contraer matrimonio con nadie. Ni con un hombre, ni con una mujer, ni con otra persona intersexual. En la medida que el matrimonio legalmente contemplado es entre un hombre y una mujer, los intersexuales están excluidos de forma radical. Se podría decir que en cualquier caso, muchos intersexuales eligen un sexo y son registrados como tales. No obstante, siempre existe la posibilidad de que la persona se enfrente a una decisión oficial posterior en la que se reclame su condición de intersexual y se deje sin efecto actos jurídicos que requieran ser hombre o mujer. Incluso, puede ser la misma persona la que abandone su condición de mujer o de hombre y reclame su condición de intersexual. Así, al igual que ocurre con personas trans, los derechos de los intersexuales se encuentran desprotegidos por el orden legal.

2.6.6. En conclusión, como se dijo al inicio de esta sección, la norma matrimonial del Código Civil fue acusada por prohibir a las personas casarse con alguien de su mismo sexo, bien sea que su orientación sexual sea homosexual o de otro tipo.

2.7. La sentencia C-577 de 2011 no limita el alcance de su precedente únicamente a personas homosexuales

Las acciones de inconstitucionalidad de la referencia cuestionan la norma legal acusada (art. 113 del Código Civil) por considerar que es discriminatorio el criterio de diferenciación en que se funda el trato diferente que esta norma da a las parejas, respecto a la posibilidad de contraer matrimonio [a saber, el sexo de quienes la constituyen, el cual ha de ser diferente]. Consideran que se trata de un criterio en sí mismo sospechoso (el sexo) que, además, sirve para excluir indirectamente a las personas con base en otro criterio sospechoso (la orientación sexual).

2.7.1. No obstante, fundándose en el hecho de que varios de los apartes de las acciones presentadas se refieren al impacto que la norma constitucional tiene en especial sobre las personas homosexuales, la sentencia C-577 de 2011 pareciera limitar el análisis a este tipo de personas. Dice expresamente la sentencia,

²⁰⁸ De ninguna manera se podría considerar que la Corte Constitucional, a propósito de una demanda que reclamaba excluir un trato discriminatorio basado en sexo, pudiese incluir con autoridad, dentro del orden constitucional vigente, una lectura de la norma civil que consagra el contrato de matrimonio, que incluya un supuesto trato diferente por razones de orientación sexual o de identidad de género que la norma no contempla expresamente. En otras palabras, la revisión constitucional del uso de un criterio sospechoso por una norma legal, no autoriza al juez constitucional a introducir distinciones nuevas, no contempladas por la norma, fundadas en un criterio sospechoso diferente. En modo alguno esa puede ser la lectura que se le dé a la sentencia C-577 de 2011 bajo el orden constitucional vigente.

“Las anteriores citas son suficientes para concluir que en la dos demandas que han sido acumuladas se solicita la protección de las parejas conformadas por personas homosexuales mediante la autorización del matrimonio y que, por lo mismo, si tal fuera el caso no habría lugar a extender los términos de la protección efectivamente solicitada para cobijar en esta decisión a todos los sujetos con orientación diversa de la heterosexual, porque ello implicaría la variación oficiosa de los argumentos vertidos en los respectivos libelos, así como de las solicitudes, sin que, además, la Corte tuviera pleno conocimiento de la magnitud de una cuestión que, en buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia de otros tribunales, no ha sido tratada en conjunto, sino de manera puntual y atendiendo a las características propias de cada situación particular.”²⁰⁹

2.7.2. La discriminación en la que incurre la posición asumida por la sentencia se hace evidente si se piensa en lo dicho a propósito de una norma que estableciera otro tipo de restricción. Por ejemplo, si una regulación legal estableciera como una regla de capacidad específica para contraer matrimonio (*conubium*) que ambas personas fueran de la misma religión o de la misma raza ¿tendría sentido limitar el alcance del análisis de constitucionalidad a los casos de personas de una determinada raza o de una determinada religión por que las demandas hicieron especial énfasis en el impacto que tal norma puede tener sobre las personas de un grupo religioso particular o de una ‘raza’ en particular? ‘Ser homosexual’ no es un criterio sospechoso en sí mismo considerado, lo es en la medida que los criterios de sexo y de orientación sexual están vedados y, por tanto, se entiende que aquel también. La sentencia C-577 de 2011 se funda en el orden constitucional vigente, por tanto, se ha de entender que la *ratio decidendi* es la regla según la cual el legislador no puede implantar un trato diferente fundado en el criterio de sexo o de orientación sexual, salvo que éste, luego de un escrutinio estricto, demuestre estar fundado en criterios objetivos, razonables y que no sean desproporcionados.

2.7.3. La sentencia parte de una idea propia del sentido común (‘las personas que son homosexuales son diferentes a las transexuales’) para introducir, veladamente, una suposición constitucional (que las diferencias que existen entre uno y otro grupo, son relevantes constitucionalmente para analizar el problema de la referencia). ¿Por qué la Sala no consideró diferenciar los casos de las parejas de hombres homosexuales que no pueden usar sus cuerpos para reproducirse con las de mujeres lesbianas que si lo pueden hacer? Los matrimonios de mujeres lesbianas presentan dilemas constitucionales análogos a los que pueden existir con una pareja conformada por un hombre trans y una mujer (como en el citado caso de los Simmons). ¿Por qué la Sala opta por acentuar las diferencias entre ciertos grupos de personas con orientación sexual diversa con relación a otros? La sentencia nunca lo aclara. Presenta este asunto

²⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

tan polémico, como si se tratara de una cuestión pacífica en la ‘doctrina y en la jurisprudencia’ de muchos tribunales.

2.7.4. Para los Magistrados que aclaramos el voto no es aceptable que se haga referencia al sistema europeo de protección a los derechos humanos como el ejemplo de un sistema en el cual se promueve el trato legislativo diferente a las personas, con base en sus condiciones de orientación sexual o de identidad de género.²¹⁰ De ninguna manera. El sistema europeo no promueve la diferencia de trato entre las parejas de personas del mismo sexo cuyos miembros sean homosexuales de aquellas cuyos miembros, o alguno de ellos, sean transexuales. Por el contrario, el reporte del presente año del Comisionado Europeo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Thomas Hammarberg, sobre las discriminaciones con base en la orientación sexual y la identidad de género en la región, alerta sobre el poco avance que en algunos países han tenido los derechos de esta población, advirtiendo que algunos países son ejemplo en remover los tratos que adjudican derechos y deberes con base en tales criterios discriminatorios.²¹¹ El Comisionado sostuvo que si bien los ataques a esta población basados en concepciones penales o médicas es una cuestión del pasado en Europa, persisten los prejuicios en la materia. En especial frente a aquellas personas trans, que al ser excluidas en mayor grado, reclaman también mayor protección de sus derechos. Dentro de las graves afectaciones a los derechos de la comunidad LGTBI, el Comisionado resalta la invisibilización de su existencia. Concretamente sobre el matrimonio, se hace referencia al vivo debate que persiste sobre la cuestión.²¹² El Comisionado cuestionó la extensión de algunas restricciones en materia de matrimonio para las personas trans,²¹³ y consideró que bajo el derecho europeo de los derechos humanos se ha incrementado la dificultad de justificar un tratamiento diferenciado entre las parejas de personas del mismo sexo y personas de sexo diferente. Adicionalmente resaltó que la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido que las parejas de personas del mismo sexo disfrutan una ‘vida familiar’. Así pues, en modo alguno se puede presentar el sistema de protección europeo de los derechos humanos como promotor de las diferencias entre los derechos matrimoniales de las parejas de personas del mismo sexo, y mucho menos, considerar que tal sistema promueve tratos diferentes para con las personas trans frente a personas homosexuales, heterosexuales o con otra orientación sexual.

²¹⁰ Ver al respecto los párrafos finales del apartado (3.1.) de las consideraciones de la sentencia C-577 de 2011.

²¹¹ Consejo de Europa, Discriminación con base en la orientación sexual e identidad de género en Europa. 2011. [http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf]. El informe tiene un glosario sobre los términos y conceptos empleados. Contiene expresiones como ‘identidad de género’, ‘marcador de género’, ‘heteronormatividad’, ‘intersexual’, ‘persona LGTB’, ‘discriminación múltiple’, ‘*queer*’, ‘orientación sexual’, ‘transgenero’ o ‘transexual’.

²¹² El informe hace referencia al caso de Joanne Cassar en Malta, en el cual la justicia constitucional, fundándose en jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, protegió en primera instancia los derechos de una persona transexual a contraer matrimonio con una persona considerada de su mismo sexo.

²¹³ Se recomienda acoger las recomendaciones del Comité de Ministros así como la legislación de algunos de los estados en la materia, para contrarrestar el vacío que existe en la materia. Se cuestiona que algunos estados exijan que el cambio oficial de sexo demande la realización previa de una cirugía con tal propósito o, más grave aún, que se demuestre no estar casado. En caso de que la persona trans hubiese estado casada, se exige su divorcio.

2.7.5. El intento de restricción del objeto de análisis del caso y de la demanda que hace la sentencia C-577 de 2011 parte de una no muy ajustada interpretación de los conceptos involucrados. Se considera, por ejemplo, que las personas homosexuales son una cosa y se entienden de una manera y las personas trans, o transexuales, son otra distinta. Sin embargo se trata de categorías relacionadas entre sí que no necesariamente se excluyen. En efecto, cuando una persona es una mujer trans o un hombre trans esto no determina necesariamente cuál es su orientación sexual. Una mujer transexual puede ser heterosexual y sólo sentirse atraída por personas de sexo al cual originariamente perteneció (el masculino). Pero también podría ser homosexual y sólo sentirse atraída por personas del sexo al cual hizo tránsito (el femenino). Suponer que el precedente fijado en la sentencia C-577 de 2011 se restringe a las personas homosexuales, plantea dilemas artificiosos que surgen de las dificultades clasificatorias, antes que de la necesidad de proteger los derechos fundamentales en juego.²¹⁴

2.7.6. La jurisprudencia de la Corte Constitucional no puede ser leída de forma parcial, selectiva y excluyente. La interpretación de las sentencias de la Corte Constitucional no pueden caer en lo que la filosofía del lenguaje llama ‘contradicciones performativas’, es decir, actos de habla en los cuales se invoque la protección a la igualdad, la libertad o la dignidad, a la vez que el mismo acto lingüístico excluye, invisibiliza o desconoce los derechos de sujetos de especial protección constitucional, que merecen garantía y atención especial. La sentencia C-577 de 2011 pretende alejarse de la distinción establecida legalmente con base en el sexo, cuestionada por las demandas de la referencia. Por eso, pretende hacer equivalente el requisito legal de que la pareja que se pretende casar no esté conformada por ‘*personas del mismo sexo*’, con un supuesto requisito de que la pareja no esté conformada por ‘*personas homosexuales*’ el cual no existe. Dice la sentencia al respecto,

“Las demandas, entonces, permiten acotar el ámbito de la materia acerca de la cual va a decidir la Corte y, en consecuencia, para los efectos de esta sentencia, cuando se haga referencia a parejas del

²¹⁴ Entender el precedente de manera restrictiva implica varias preguntas, entre ellas las siguientes: ¿el derecho de las personas trans homosexuales sí se encuentra considerado o no? ¿Los derechos de las personas que son bisexuales o multisexuales cuando pretenden contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo están protegidos por la sentencia, o no por no ser personas homosexuales? En la medida en que el criterio de distinción entre las parejas es que el sexo de éstas no sea el mismo las tensiones sobre la igualdad son diferentes para las personas que se consideren homosexuales, gays o lesbianas, que para las personas transexuales. Para los hombres y las mujeres, la restricción matrimonial con base en el sexo de los miembros de las parejas les afecta primordialmente cuando su orientación sexual es ser homosexual y, eventualmente, cuando son bisexuales. Para los hombres y las mujeres trans la restricción actual les afecta primordialmente si su orientación sexual es ser heterosexual, no homosexual. En efecto, si una mujer trans (que nació legalmente como hombre y se le tiene como tal) es homosexual querrá casarse con una mujer, lo cual podría hacer sin problema, pues se trataría del matrimonio de dos personas que legalmente tienen sexo distinto (un hombre y una mujer). En cambio, si una mujer trans es heterosexual querrá casarse con un hombre, lo cual no podría hacer por cuanto legalmente se trataría del matrimonio de dos personas del mismo sexo. En caso de que el sistema jurídico resolviera cambiar por completo el registro de una persona trans, de tal suerte que una mujer trans sea legalmente considerada como una mujer, el dilema se invertiría. En tal caso serían las personas trans heterosexuales las que sí podrían contraer matrimonio y no las personas trans homosexuales.

mismo sexo debe entenderse que se alude a parejas integradas por homosexuales, hombres o mujeres, conforme al significado etimológico de la palabra conformada por el elemento griego “homos” que significa semejante o igual, seguido por el término “sexual”, lo que no obsta para que si las transformaciones operadas en el ordenamiento jurídico llegan a conferirle, de manera precisa e inequívoca, más amplias connotaciones a la expresión “parejas del mismo sexo”, lo que aquí se considere respecto de los homosexuales pudiera entenderse también referido a los nuevos supuestos cobijados por el contenido ampliado de la aludida expresión”²¹⁵

Una pareja de ‘personas del mismo sexo’ y una pareja de ‘personas homosexuales’ son cosas distintas. Aunque los casos concretos que conforman uno y otro conjunto son parecidos, no son los mismos. Existen casos de parejas de personas del mismo sexo que no son homosexuales. Como se dijo previamente, dos personas del mismo sexo, sean heterosexuales, bisexuales u homosexuales, pueden contraer matrimonio. Las parejas de personas del mismo sexo se caracterizan por eso, por estar conformadas por personas de igual sexo; no por la orientación sexual de sus integrantes. En conclusión, no puede aceptarse que para establecer y declarar la existencia de una situación de discriminación (lo que precisamente hace la sentencia) deba afirmarse, a manera de dicho de paso (*obiter dicta*), que el matrimonio contempla diferencias de trato que en realidad no prevé o peor aún, que pueden mantenerse o incluirse nuevas exclusiones basadas en criterios sospechosos contemplados.

2.7.7. Pero es importante resaltar el anterior apartado de la citada sentencia (C-577 de 2011) porque evidencia las limitaciones que ella misma le asigna a los efectos restringidos que aparentemente tiene la decisión. Si bien el texto expresamente trata de limitar el efecto y ámbito de aplicación de la decisión adoptada, la sentencia expresamente reconoce que el principio en el cual se funda su decisión puede cubrir no solamente a las personas homosexuales, sino también a otros casos de personas de orientación sexual o identidad de género diversa. La propia Corte Constitucional reconoce en la sentencia C-577 de 2011 que la interpretación de la expresión ‘parejas de personas del mismo sexo’ se está leyendo de forma limitada y restringida, pues ni siquiera se entiende en su uso literal. La sentencia es consciente (i) de estar haciendo una lectura restrictiva de los términos constitucionales y legales, (ii) que la tal lectura puede ser ampliada a la luz de los principios que informan la propia sentencia C-577 de 2011 en aplicaciones jurídicas futuras, y (iii) que tales cambios se pueden dar por las ‘transformaciones operadas en el ordenamiento jurídico’, entendidas en términos generales. Es decir, la sentencia no cuestiona que la aproximación que se hace a la cuestión es restrictiva, no cuestiona que el precedente pueda ser aplicado de forma ampliada, ni cuestiona o limita la forma en que tales cambios jurídicos han de operar (por ejemplo, haber considerado que

²¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

únicamente el legislador los puede introducir o implementar). Es claro para la propia sentencia, en su parte considerativa, que la decisión adoptada puede ser leída, a pesar de su restricción textual, como fundada en principios aplicables de forma general y amplia.

2.7.8. Pero sin duda el principal argumento para sostener que la sentencia en realidad se refiere a los derechos de las parejas de personas del mismo sexo y no de las ‘parejas homosexuales’, en tanto tal expresión se reserva para las consideraciones de la Corte, pero no para el texto que se incluye en la parte resolutive de la sentencia y que, por consiguiente, tienen efectos *erga omnes*. Dice la parte resolutive,

“*Cuarto. Exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.*

Quinto.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.”²¹⁶ (acento fuera del texto original)

Tanto en el exhorto al Congreso, como la declaración especialmente vinculante para los funcionarios encargados de celebrar ceremonias contractuales maritales (jueces y notarios) [para que ante ellos puedan las parejas de personas del mismo sexo, ejercer su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal], usan expresamente el lenguaje de la decisión, en los términos en que se apoya en la presente aclaración: ‘parejas del mismo sexo’. En otras palabras, la restricción y limitación que pretendió imponer el texto de la sentencia C-577 de 2011 a la protección constitucional dada a las parejas de personas del mismo sexo, con el codo, afortunadamente fue recogida expresamente con la mano.

2.8. *La Corte Constitucional no decide cuestiones de carácter técnico o científico*

La Corte Constitucional tiene la autoridad, en democracia, para resolver los problemas jurídicos que se le someten a su consideración a través de las formas procesales establecidas para ello. La Corte Constitucional no tiene la autoridad para decidir en democracia cuestiones que no son de su resorte, como por ejemplo, aquellas cuestiones de carácter técnico o científico. Ni siquiera cuando la resolución de un caso jurídico depende de la definición de un asunto técnico o científico adquiere el juez la competencia de resolver con autoridad la

²¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

cuestión. En tales casos corresponde a los auxiliares de la justicia, profesionales en la materia, resolver la cuestión con base en sus conocimientos apropiados para tal propósito. Son los técnicos y los científicos los que en tales circunstancias se convierte en los ojos de la justicia y le ayudan a decidir cómo aplicar el derecho.

2.8.1. La cita que hace la sentencia C-577 de 2011 acerca de la sentencia C-481 de 1998 como fuente para definir qué es ‘homosexualidad’ en derecho constitucional no es aceptable. Precisamente, el aparte de la sentencia citada no está definiendo la expresión en cuestión sino que está evidenciando las dificultades de definir de forma precisa y adecuada el término, en razón a la diversidad de nociones que existen al respecto.²¹⁷ En la sentencia de 1998 se resaltaba el hecho de que la expresión homosexual puede hacer referencia a una condición que tiene la persona de forma intrínseca, o puede hacer referencia a las conductas realizadas por personas del mismo sexo, sin clasificar y definir la identidad de las personas que la realizan. La Corte expresamente decidió alejarse del uso de la expresión que implica definir esencialmente a la persona (la definición que según la sentencia C-577 de 2011 se fijó como definición constitucional en aquella oportunidad) y expresamente optó por usar la definición contraria, aquella según la cual se está clasificando el comportamiento, las acciones. Dijo expresamente la Sala en aquella oportunidad,

“Ahora bien, para precisar más adecuadamente el problema jurídico bajo revisión, es necesario tener en cuenta que, como bien lo señala uno de los intervinientes, la expresión acusada incurre en impropiedades de lenguaje, pues consagra como falta disciplinaria ‘el homosexualismo’, cuando las ciencias psicológicas y sociales emplean el término homosexualidad. La Corte entiende entonces que el artículo parcialmente impugnado hace referencia a la homosexualidad. Sin embargo, esto no soluciona integralmente el problema, por cuanto la norma no define el alcance de este concepto, lo cual suscita algunas dudas. En efecto, como lo indican algunos intervinientes y se desprende de la amplia literatura sobre el tema,²¹⁸ la homosexualidad recibe diversas acepciones: así, según ciertas definiciones, la homosexualidad hace referencia a

²¹⁷ Dice la sentencia C-577 de 2011 al respecto: “Según se ha precisado, de conformidad con uno de los entendimientos empleados en la jurisprudencia de la Corte, la homosexualidad ‘hace referencia a aquellas personas que experimentan una atracción erótica, preferencial o exclusiva, hacia individuos del mismo sexo biológico’, y en tal sentido, ‘es un rasgo o un status de la persona que tiene que ver con la orientación y preferencia de sus deseos eróticos’ (C-481 de 1998), criterio que se ha consolidado en decisiones más recientes [...]”.

²¹⁸ Ver el concepto del Doctor Iván Perea Fernández, que presenta las distintas acepciones del término. Para la discusión en Colombia, ver Ruben Ardila. *Homosexualidad y Psicología*. Bogotá: El manual moderno, 1998, pp 21 y ss. Para literatura internacional, ver R.Murray Thomás. “Homosexuality and human development” en R.Murray Thomás. *The Encyclopedia of Human Development an Education. Theory, Research and studies*. Oxford: pergamon Press, 1990, pp 373 y ss. Sobre las implicaciones jurídicas de estas distinciones, ver Jonahtan Pickhart. “Choose or lose: embracing theories of choice in gay rights litigation strategies” en *New York University Law Review*. Vol 73, Junio 1998. Ver igualmente Harvard Law Review. 1989, *Developments in Law. Sexual Orientation and the Law.*, pp 1512 y ss.

aquellas personas que experimentan una atracción erótica, preferencial o exclusiva, hacia individuos del mismo sexo biológico, la cual puede acompañarse o no de relaciones sexuales con ellos. Conforme a tales definiciones, la homosexualidad es un rasgo o un status de la persona, que tiene que ver con la orientación y preferencia de sus deseos eróticos, pero sin que obligatoriamente ésta se traduzca en relaciones sexuales. En cambio, según otras definiciones, la homosexualidad hace referencia al hecho de que dos personas del mismo sexo biológico tengan relaciones sexuales, esto es, la homosexualidad no es un status personal sino un comportamiento. Por ende, no es claro si la norma acusada consagra como falta disciplinaria los comportamientos homosexuales o la orientación homosexual de un docente, por lo cual, en principio la Corte considera necesario tener en cuenta ambos aspectos en esta sentencia. Así las cosas, la Corte concluye que el problema jurídico a ser resuelto es si la ley puede definir como falta disciplinaria en el ejercicio de la docencia el hecho de que una persona sea homosexual o desarrolle comportamientos homosexuales. Para resolver ese interrogante, la Corte procederá a determinar, con base en el debate contemporáneo sobre la homosexualidad y los criterios que ya ha adelantado esta Corporación en anteriores decisiones sobre el tema,²¹⁹ cuál es el status constitucional de la homosexualidad, con el fin de precisar el alcance de la protección que la Carta brinda a estas personas y a estos comportamientos. A partir de este examen, la Corte entrará a estudiar específicamente el problema en el campo docente.”²²⁰

2.8.2. La sentencia C-481 de 1998 por tanto, no estableció una única definición constitucional de homosexualidad, sino que, a propósito de una norma que empleaba el concepto, evidenció las dificultades que existen en cuanto a su comprensión en el ámbito técnico y científico. En cualquier caso, si se considera que allí se fijó un parámetro, debería aceptarse que no fue exclusivamente el de la definición que clasifica a la persona como homosexual de forma completa y definitiva. Fueron ambos criterios, también el que clasifica los actos, los comportamientos. Además, tal definición no ha sido reiterada posteriormente como se afirma. La sentencia C-075 de 2007 por ejemplo, nunca recoge tal definición, hace referencia a la sentencia C-481 de 1998 para reiterar que la orientación sexual es un criterio sospechoso y que por tanto, los tratos legales iguales o distintos que se funden en tal criterio han de ser sometidos a un juicio estricto de constitucionalidad.²²¹

²¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-534 de 1994, T-097 de 1994, C-098 de 1996 y T-101 de 1998.

²²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero, AV Vladimiro Naranjo Mesa; SV Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara). En la sentencia se declaró inconstitucional una norma que sancionaba con mala conducta a los profesores que realizaran hechos comprobados de ‘homosexualismo’.

²²¹ Al respecto ver la notas al pie número 39, 45 y 64 de la sentencia C-075 de 2007.

2.9. La Constitución protege la familia real, no ideal, en sus diversas y plurales manifestaciones

Tal como lo recoge la sentencia C-577 de 2011, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la familia es una realidad humana y social, no una simple construcción jurídica. La familia ‘*es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991*’,²²² no es un modelo ideal que se imponga a la realidad sociológica, o que, peor aún, pretenda dejar de lado fenómenos sociológicos familiares que existen en la realidad.

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.²²³ No obstante, salvo en aquel caso de los años treinta y en algunas excepciones posteriores,²²⁴ 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

²²² Esta afirmación la realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-271 de 2003 y la reitera la sentencia C-577 de 2011 en el apartado 4.1. de las consideraciones. En la sentencia C-271 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil; SV Alfredo Beltrán Sierra; SPV Clara Inés Vargas Hernández), se declaró exequible la norma que establece la nulidad del matrimonio cuando *uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior*, “[...] condicionado a que se entienda que la nulidad del matrimonio civil por conyugicidio se configura cuando ambos contrayentes han participado en el homicidio y se ha establecido su responsabilidad por homicidio doloso mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; o también, cuando habiendo participado solamente un contrayente, el cónyuge inocente proceda a alegar la causal de nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que tuvo conocimiento de la condena.” Los salvamentos de voto manifestaron su discrepancia con haber condicionado la norma en lugar de haber permitido al legislador corregirla.

²²³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de noviembre de 1935 (MP Eduardo Zuleta Angel), caso de Sofía Portocarrero vda. de Luque *contra* Alejandro Valencia Arango.

²²⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 4 de marzo de 1954 (MP Alfonso Márquez Páez) y sentencia de 26 de marzo de 1958 (MP Arturo Valencia Zea), caso de Virginia Yepes Salazar *contra* herederos de Lastenia Toro.

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.

2.10. *Aclaraciones acerca de la interpretación del artículo 42 de la Constitución Política*

Tal como lo señala categóricamente la sentencia C-577 de 2011, la Constitución no protege a las familias constituidas mediante una relación heterosexual, únicamente. En la medida que se protegen las familias que existen, en su diversidad y multiplicidad, no se puede limitar la protección constitucional a un tipo de conformación particular y específica, sin importar que para un número mayoritario de personas de la sociedad, tal tipo de familia es la ideal y preferencial. La Constitución no establece distinciones entre los tipos de familia, para adjudicar derechos y protecciones efectivas.

2.10.1. *La Constitución en su artículo 42 no prohíbe ni excluye el matrimonio de parejas de personas del mismo sexo*

2.10.1.1. Quizá la visión homocéntrica de la orientación sexual y la concepción heterosexual de la familia protegida constitucionalmente, que persiste como criterio rector en la interpretación del problema jurídico planteado, llevó a la sentencia C-577 de 2011 a entenderlo de forma homo-céntrica.²²⁵ La sentencia C-577 de 2011 invierte el juicio de constitucionalidad. Pareciera que se deja de exigir a los defensores de la norma a presentar razones suficientes para justificar el trato diferente que se da en las reglas legales acusadas con base en un criterio sospechoso (el sexo) que, además, implica discriminaciones indirectas con base en otro criterio igualmente sospechoso (la orientación sexual). En lugar de eso, la sentencia pareciera limitarse a exigir a los contradictores de la norma que sean ellos quienes demuestren que sí “*existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas [de personas del mismo sexo], que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista para dar lugar a la familia [de la pareja de personas de sexo distinto]*”.

2.10.1.2. El criterio en que se funda el déficit de protección acusado es sospechoso, constitucionalmente. Que tal categoría [el sexo] tenga tal condición implica, por lo menos, que se invierte la carga de la prueba en el proceso de constitucionalidad. No son los accionantes los llamados a demostrar que, en principio, categorías como sexo, orientación sexual, raza o religión no deben ser empleadas por el legislador. Al contrario, son el legislador y el gobierno los

²²⁵ La sentencia C-577 de 2011 plantea el problema jurídico en los siguientes términos: “4.5.2. *El problema jurídico relativo a la relación entre la familia homosexual y el matrimonio y su solución* || Le corresponde a la Corte determinar si, pese a que la unión matrimonial heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio.”

que tienen la obligación de justificar por qué una regla legal, a pesar de hacer distinciones en el trato con base en tales criterios sospechosos, no es contraria a la Constitución. Así, fundándose en las definiciones que se van dando por hecho como axiomas a lo largo de la sentencia, aunque se trate de posiciones cuestionadas jurisprudencialmente, la sentencia pareciera llegar a concluir que el matrimonio es sólo para parejas de personas de sexo distinto.²²⁶ Primero anuncia un juicio de razonabilidad estricto para analizar la norma, que no se aplica con rigor. Posteriormente se invierte la carga de la prueba. Ya no tenían los defensores de la norma que justificar su razonabilidad, frente a un análisis estricto, sino que eran los accionantes quienes debían demostrar que la Constitución, expresamente, demanda un trato igual en materia de derechos matrimoniales para las parejas de personas del mismo sexo y parejas de personas de sexo distinto. Finalmente se da un paso más audaz, se sugiere que el hecho de que la Constitución no contemple expresamente el matrimonio de personas del mismo sexo podría implicar que tal institución fue consagrada única y exclusivamente para parejas de personas de distinto sexo.

2.10.1.3. ¿Cómo llega la sentencia a sugerir esta interpretación según la cual la norma constitucional restringiría el matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo dentro de la sentencia? Una de las razones que se da, es que tal fue la interpretación que se hizo de la norma constitucional (art. 42), por parte de tres Magistrados en un salvamento de voto a la sentencia C-814 de 2001.²²⁷ Para los Magistrados que aclaramos el voto no es posible fundamentar esta cuestionable tesis, a partir de lo dicho en tal salvamento de voto, básicamente por tres motivos: (i) las opiniones señaladas hacen parte de un salvamento de voto, no de una decisión judicial, por lo que, en estricto sentido no se trata de una decisión vinculante;²²⁸ (ii) lo dicho en tal salvamento de voto con relación a la restricción matrimonial para hombres y mujeres, es un comentario de paso (un *obiter dicta*). En efecto, la sentencia C-814 de 2001 estudió una norma que

²²⁶ Dice la sentencia al respecto: “[...] de conformidad con lo constitucionalmente establecido, el matrimonio es la forma de constituir la familia heterosexual, cuando la pareja, integrada por hombre y mujer, manifiesta su consentimiento y lo celebra, mientras que la voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la unión marital de hecho o la compuesta por una pareja de homosexuales y también se ha indicado que esta interpretación fue anticipada durante un largo lapso en aclaraciones y salvamentos de voto a los cuales se ha hecho referencia. || Lo anterior implica que, no obstante la variedad de formas familiares, por decisión del constituyente existe un reconocimiento expreso de la familia heterosexual y, dentro de su ámbito, de la surgida del vínculo matrimonial [...] || El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que sólo cabe apuntar que es esta caso ‘la voluntad clara del constituyente es el texto de la Constitución.’ [Cfr. Salvamento de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett a la sentencia C-814 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

²²⁷ Salvamento de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett a la sentencia C-814 de 2001. En tal texto los Magistrados sugieren que el matrimonio es una institución que esta consagrada a la protección de familias de parejas de personas de sexo distinto.

²²⁸ Los magistrados que aclaramos el voto consideramos que es posible que una decisión judicial retome una tesis contemplada en un salvamento de voto y la convierta en la posición jurisprudencial oficial, bajo las excepcionales condiciones en que ello puede ocurrir (en varias ocasiones la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado al respecto) Ver entre otras, Auto 080 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo), Auto 131 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), Auto 181 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Córdoba Triviño, Nilson Elías Pinilla Pinilla y Alvaro Tafur Galvis).

exigía a las parejas que aspiran a participar en un proceso de adopción, entre otros requisitos, estar conformada por un hombre y una mujer. Lo dicho en aquella ocasión por lo tanto, no se dio en el contexto de una demanda que hubiese presentado siquiera un cargo con relación al derecho a casarse o a la institución del matrimonio. Ese no fue el objeto de aquel proceso. Finalmente, (iii) la posición fijada por los tres Magistrados en aquel salvamento de 2001 no tuvo en cuenta los avances y cambios sociales en la materia, tanto aquellos que han ocurrido en la realidad, como aquellos que han ocurrido en la jurisprudencia constitucional, en la legislación o en el bloque de constitucionalidad. En otras palabras, un dicho de paso en un salvamento de voto, no su tesis central, acerca de una polémica cuestión respecto de la cual se han dado avances reconocidos en la jurisprudencia, no puede convertirse sin justificación y análisis adicional en una interpretación constitucional.

2.10.1.4. Es cierto que la protección a las familias fundadas en un matrimonio entre personas de sexo distinto “*es un dato constitucional insoslayable con el que tiene que contar el juez constitucional al momento de resolver asuntos como los planteados en las demandas que ahora se deciden y [...]*”, pero ello no justifica invertir el juicio de constitucionalidad como lo propone la sentencia, ni restringir el matrimonio a una institución exclusivamente para parejas de personas del mismo sexo. También es cierto que la Constitución no consagra de manera expresa y directa el derecho de las parejas de personas del mismo sexo a contraer matrimonio.²²⁹ No obstante, debe aceptarse con la misma certeza, que el texto constitucional no establece la prohibición del matrimonio de parejas de personas del mismo sexo. El Constituyente no utilizó fórmulas que permitieran resolver con base en un argumento literal, como pareciera pretenderlo la sentencia, la cuestión del matrimonio en un sentido o en el otro.

De manera expresa la Constitución reconoce al hombre y la mujer el derecho de contraer matrimonio (art. 42, CP). Pero de una regla que concede un derecho a un grupo de personas para hacer algo no puede servir, lógicamente, como sustento de una prohibición para que otros ejerzan ese mismo derecho. Establecer que los hombres y las mujeres pueden casarse entre sí, no implica decir que la Constitución excluya la posibilidad de que se dé entre mujeres o entre hombres también. En tal caso la Constitución hubiera usado fórmulas tales como ‘los matrimonios de personas del mismo sexo no están permitidos’ o ‘están prohibidos’. También podría haber usado una fórmula menos extrema como indicar que ‘un matrimonio sólo puede celebrarse por un hombre o por una mujer’. De hecho, el texto constitucional no consagra literalmente ‘que toda persona tiene el derecho a contraer matrimonio’, ni tampoco que ‘los hombres

²²⁹ La sentencia lo sostiene en los siguientes términos: “La anterior lectura ha sido objeto de contestación desde el punto de vista estrictamente literal, por cuanto se aduce que si el Constituyente hubiese considerado la posibilidad de reconocer expresamente el derecho al matrimonio a toda clase de parejas, heterosexuales u homosexuales, habría utilizado alguna de las fórmulas genéricas, de uso común al establecer derechos, tales como ‘todos tienen derecho a’, ‘toda persona tiene derecho a’, ‘se reconoce el derecho de todos a’ o ‘nadie podrá ser excluido del derecho a’ y, sin embargo no se valió de ninguna de éstas fórmulas, sino que empleó un giro escaso en la redacción de disposiciones sobre derecho fundamentales al hacer expresa mención del hombre y de la mujer, con lo cual sólo habría previsto el matrimonio de las parejas heterosexuales.” Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

o mujeres tienen el derecho a contraer matrimonio'. El constituyente de 1991 ni siquiera exigió expresa y literalmente que 'el derecho a contraer matrimonio se ejerce entre un hombre y una mujer'. Se limitó a señalar que la 'familia se constituye [...] por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio'. En otras palabras, los elementos expresos y literales del texto establecen (i) el derecho a contraer matrimonio para hombres y mujeres; como (ii) una decisión, (iii) adoptada en libertad, (iv) que constituye en términos jurídicos una familia. El texto no establece expresamente que el matrimonio deba celebrarse entre personas del distinto sexo, lo cual hubiese sido muy fácil. Por ejemplo, la norma hubiese podido decir la 'familia se constituye [...] por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio entre sí'; 'por la decisión libre de un hombre y una mujer de casarse entre sí'.

2.10.1.5. Que el Constituyente no estableció un texto que con su simple lectura resolviera la cuestión es aún más notorio si se tiene en cuenta que el artículo 113 del Código Civil, vigente en aquel momento, contempla una fórmula de redacción que sí excluye expresamente el matrimonio de parejas de personas del mismo sexo ('*artículo 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente.*' Código Civil) subrayas fuera del texto original. Los Magistrados que aclaramos el voto no descartamos que la posición mayoritaria de la Asamblea Nacional Constituyente hubiese leído el matrimonio como una institución exclusiva de parejas de personas de sexo distinto. Pero también es cierto que el texto que se aprobó era un texto constitucional. No un texto jurídico pasajero y fácil de cambiar. Los constituyentes optaron por una fórmula lingüística que sin abrir expresamente la posibilidad de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, tampoco prohíbe expresamente que ello se haga ni restringe el derecho a casarse, literalmente, a que sea ejercido entre personas del distinto sexo. Los constituyentes de 1991, conscientes de estar viviendo el final del siglo XX, sabían que tenían que fijar un texto que resistiera los embates del tiempo. Un parámetro constitucional que no fuera pétreo e impidiera a las futuras mayorías políticas reconfigurar el derecho de familia, en ejercicio del amplio mandato que, precisamente, se le daba constitucionalmente al legislador.

2.10.2. *El bloque de constitucionalidad tampoco excluye el derecho al matrimonio para las parejas de personas del mismo sexo; por el contrario, demanda igualdad y dignidad para toda persona*

2.10.2.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parámetro para la aplicación de los derechos de la Constitución, se encuentra redactado de la misma manera que el artículo 42 de la Carta Fundamental. El Pacto consagra el derecho a contraer matrimonio de forma amplia, garantizando el derecho de los hombres y las mujeres a contraer matrimonio. En forma alguna excluye la posibilidad de que el derecho a contraer matrimonio se lleve a cabo entre dos hombres o entre dos mujeres. El artículo 23 del PIDCP (1966) sostiene, '1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.* || 2. *Se reconoce el derecho del*

hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. || 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. || 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.’ La norma no exige, literalmente, que el derecho “*del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*”, deba ser ejercido necesariamente con alguien de sexo distinto, o pueda ser ejercido también con alguien de su mismo sexo.

2.10.2.2. En sentido similar, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer contempla en su artículo 16 el derecho de forma amplia y sin restricciones. Dice la norma de la CEDAW (1979): “*Artículo 16 Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a. El mismo derecho para contraer matrimonio; || b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; [...].*” En esta ocasión el texto que consagra el derecho para contraer matrimonio no tiene referencia alguna respecto a la persona con quién puede ejercerse el derecho de contraer matrimonio. En el literal siguiente se establece la libertad con la cual pueden las mujeres ejercer su derecho fundamental a contraer matrimonio. Es importante resaltar que las mujeres han de tener el mismo derecho a elegir libremente cónyuge, sin que se especifique si se trata de ‘el cónyuge’ o ‘la cónyuge’.

2.10.2.3. En especial, vale reiterar los principios de Yogyakarta a los cuales ya se hizo alusión anteriormente (ver apartado 1.2.8., de la presente aclaración de voto). Allí encuentra cualquier autoridad nacional, parámetros para garantizar la protección de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.²³⁰ Las dudas de interpretación del texto constitucional, cuyo sentido y significado es cambiante, según lo señala la propia sentencia, se deben remitir a las normas aplicables internacionales y regionales de los derechos humanos. La sentencia (C-577 de 2011) hace pocas referencias a los sistemas internacional y regional

²³⁰ Muchas de las lecturas de las normas constitucionales que hace la sentencia C-577 de 2011, se fundan en lecturas heteronormativas, esto es, que dan por supuesta la heterosexualidad. Lecturas que ven el requisito de ser uniones entre personas de sexo distinto en normas que no demandan literalmente tal trato diferente. Por ejemplo, es cierto que la Constitución otorga la nacionalidad, entre otros, a los hijos de padre o madre colombianos nacidos en el territorio patrio o en el extranjero, como dice la sentencia. Pero ello no quiere decir que necesariamente se esté haciendo referencia a parejas de personas de distinto sexo. La Corte se anticipa a hipótesis fácticas no consideradas, como el reclamo de nacionalidad por parte del hijo adoptivo de un hombre colombiano que se haya casado con una persona de su mismo sexo en un país donde tales actos jurídicos son plenamente legales. Las normas que protegen las parejas no deben ser leídas nunca más en clave heterosexual en el orden constitucional vigente, especialmente, teniendo en cuenta el reconocimiento constitucional de que toda pareja de personas del mismo sexo que constituyan una comunidad de vida, constituyen una familia.

de protección de los derechos humanos. Se limita a algunos comentarios sobre un sistema del cual no somos parte²³¹ y a contrastes de derecho comparado.

Los Magistrados que aclaramos el voto consideramos que en casos como el presente, tener en cuenta decisiones que se han tomado en otros sistemas jurídicos es sin duda de gran utilidad. Pero tales criterios accesorios para el juez no pueden desplazar criterios vinculantes y obligatorios, como aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad o de los referentes que indican cómo aplicar dichas normas internacionales. Es cierto que la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 no es ajena a lo ocurrido en la materia en otras jurisdicciones nacionales, con base también en la protección al principio de igualdad. Decisiones similares han sido establecidas bien por legisladores, bien por jueces de varias tradiciones jurídicas, según las particulares circunstancias del caso.²³² Pero la existencia de tales decisiones en derecho comparado no puede dejar de lado los parámetros internacionales que dan luces sobre la materia, justamente en el mismo sentido garantista e incluyente de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia (C-577 de 2011). Como ya se indicó, existen avances recientes en el ámbito internacional de los derechos humanos que deben ser atendidos dentro del orden constitucional vigente.²³³

2.10.3. *El sentido y alcance del artículo 42 de la Constitución Política no se puede establecer a partir de una interpretación literal únicamente*

2.10.3.1. Aunque la sentencia C-577 de 2011 reconoce que en el constitucionalismo contemporáneo *‘las cuestiones jurídicas más complejas pueden a menudo ser descritas como problemas acerca del significado de las palabras’* y que en tal medida el texto constitucional adquiere un especial punto de referencia en las discusiones, opta por dejar de lado la variedad de sofisticadas herramientas hermenéuticas con que cuenta el derecho en general, y el constitucional en especial, para sostener que el camino adecuado para la comprensión del artículo en cuestión es uno sólo *‘la interpretación literal’*.²³⁴

No obstante la categórica promesa de la sentencia C-577 de 2011 de limitarse a hacer una interpretación literal del artículo 42 es abandonada una vez se ha hecho. Lo primero que hace la sentencia no es presentar el texto constitucional ni analizarlo directamente. Lo primero que hace es una lectura fundada en la

²³¹ El sistema europeo de protección de derechos humanos.

²³² Por ejemplo: Holanda [por Ley, 2001], Bélgica [por Ley, 2003], España [Ley 13 de 2005], Canadá [Corte Suprema de Ontario, caso *Halpern v. Canadá*; Ley de Matrimonios del Mismo Sexo, 2005], Sudáfrica [Corte Suprema, Caso *Minister of Home Affairs v. Fourie*, 2005; por Ley 2006], Portugal [Decreto 9/XI], Noruega [por Ley, 2009], Suecia [por Ley, 2009], México [Acción de inconstitucionalidad 2/2010], así como varios Estados de la Unión Americana [Massachusetts (Caso *Goodridge v. Department of Public Health*, 2003), California (Caso *In re Marriage Cases*, 2008; Caso *Perry v. Arnold Schwarzenegger*, 2010), Connecticut (*Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 2008), Iowa (*Varnum v. Brien*, 2009) New Hampshire (por Ley 2009), Vermont (por Ley, 2009), Washington DC (2009), también las tribus Cherokee, Coquille].

²³³ Al respecto ver el apartado 1.2.8. de la presente aclaración de voto.

²³⁴ Al respecto ver el apartado 4.1. de las consideraciones de la sentencia C-577 de 2011.

jurisprudencia constitucional, no en la letra de la Constitución.²³⁵ Así, el primer camino hermenéutico es la reconstrucción de líneas jurisprudenciales, no la lectura directa de la norma constitucional. El segundo método tampoco es el literal, sino el sistemático. Es decir, tampoco se toma el texto del artículo 42 sino el texto de otras normas constitucionales a partir de las cuales se comienza a delinear el sentido del primero.²³⁶ Así, al finalizar el apartado 4.1. de las consideraciones de la sentencia C-577 de 2011, que anuncia un análisis del sentido del artículo 42 de forma literal, termina haciendo una lectura del texto de la norma de manera indirecta, o bien a través de lo dicho por la jurisprudencia constitucional o bien a través de otras normas constitucionales.

2.10.3.2. La sentencia C-577 de 2011 presenta la lectura del artículo 42 de la Constitución como un asunto pacífico y tranquilo, a pesar de las tensiones que existen en tal materia en la jurisprudencia. Por ejemplo, cuando la Constitución establece que la familia ‘*se constituye por vínculos naturales o jurídicos*’ a qué hace referencia. Según la sentencia C-577 de 2011, las familias que se constituyen por vínculos jurídicos son las matrimoniales, por cuanto se fundan en un acto jurídico, en tanto que las familias construidas mediante vínculos naturales son las extramatrimoniales.²³⁷ Esta posición, que es respaldada por varias sentencias, sobre todo de los años noventa del siglo pasado, supondría que los hijos matrimoniales se han constituido jurídicamente y no naturalmente, en tanto que los hijos extramatrimoniales no encontrarían un sustento en vínculos jurídicos, sino en vínculos naturales. Se trata de una comprensión del texto que pareciera encajar con la dogmática previa a la Constitución de 1991, que establecía las categorías de hijos legítimos e hijos ilegítimos o naturales, expresiones que en la actualidad no tienen cabida.²³⁸ Según esta posición la expresión ‘jurídicos’ significa lo mismo ‘jurídico’, pero la expresión ‘naturales’ se convierte en sinónimo de ‘de hecho’ o de ‘facto’. Se pondría la familia jurídica de un lado y la familia de facto o de hecho del otro.

Pero esta lectura del artículo riñe con otra según la cuál los vínculos jurídicos son ‘vínculos que surgen del derecho’ mientras que los ‘vínculos naturales’ son vínculos que surgen de la naturaleza, de lo biológico. En tal medida la relación de los hijos con sus padres biológicos es un vínculo natural, independientemente de cuál se la relación de pareja que éstos tengan entre sí. Un padre biológico

²³⁵ Se hace referencia a las sentencias C-289 de 2000 (MP Antonio Barrera Carbonell), C-533 de 2000 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), C-660 de 2000 (MP Alvaro Tafur Galvis, SV José Gregorio Hernández Galindo), C-246 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), C-271 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil, SPV Clara Inés Vargas Hernández, SV Alfredo Beltrán Sierra), C-482 de 2003 (MP Alfredo Beltrán Sierra, SV Jaime Araujo Rentería) y C-875 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil, AV Jaime Araujo Rentería).

²³⁶ Se hace alusión a los artículos 5º, 13, 15, 28, 33 y 44 de la Constitución Política.

²³⁷ Dice la sentencia al respecto: “[...] otras formas [de familia] tienen origen en diferentes clases de vínculos, de entre los cuales el artículo 42 superior destaca los denominados ‘naturales’. || Hasta ahora la Corte ha destacado que, a diferencia de los jurídicos, los vínculos naturales hacen referencia a la decisión libre de conformar una familia que se traduce en la constitución de una unión de carácter extramatrimonial que no tiene fundamento en el consentimiento expresado, sino ‘en el solo hecho de la convivencia’ y en la cual ‘los compañeros nada se deben en el plano de la vida común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja’ (C-533 de 2000).” Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

²³⁸ Bajo el orden constitucional vigente el uso de estas expresiones de manera oficial constituyen actos lingüísticos de discriminación.

tiene un vínculo natural con su hijo, independientemente de si se encuentra casado con su madre, si son compañeros permanentes o si simplemente no tienen relación alguna. De forma correspondiente, los hijos adoptivos de parejas casadas o que viven en unión libre tienen vínculos jurídicos con sus padres. Su relación no es de carácter biológico, se funda en un acto jurídico (la adopción). Desde esta perspectiva son también jurídicas las relaciones que existen entre los esposos, entre los familiares por afinidad, no por consanguinidad, o entre los menores que nacen de gametos donados, mediante técnicas de reproducción asistida. En tales casos los vínculos familiares no surgen de relaciones biológicas (naturales) sino por vínculos jurídicos. Esta posición encuentra sustento en las discusiones previas de la Asamblea Nacional Constituyente,²³⁹ y en el código civil, por ejemplo.

2.10.3.3. En la sentencia T-163 de 2003 la Corte estudió las distintas alternativas hermenéuticas del artículo 42 en detalle y concluyó que las expresiones ‘por vínculos jurídicos y por vínculos naturales’ son hipótesis independientes al matrimonio, a la unión libre o en general a la decisión responsable de conformar familia. Se afirmó que era necesario concluir que “*la familia se conforma de 4 modos: vínculos naturales, vínculos jurídicos, por matrimonio y, además, por la decisión responsable de conformar familia.*” La Corte fundamentó así su posición,

“9. La conclusión a la que se llegaba [...] parte del supuesto de que todo lo relativo a la definición del concepto de familia, corresponde al régimen civil. Lo anterior por cuanto la demandada y la Superintendencia Nacional de Salud se apoyan en las normas civiles para definir los elementos imprecisos y ambiguos (en realidad, estas entidades asumen que se trata de expresiones con un sentido técnico-jurídico, determinado en la ley civil) de la Ley 100 que incluyen dentro del núcleo familiar –que es objeto de protección mediante el sistema de seguridad en salud- a los padres, siempre y cuando exista dependencia económica.

10. El mandato constitucional en relación con la familia se aparta de tal postura. El inciso primero del artículo 42 de la Constitución establece varias reglas en relación con la formación de la familia, que no están libres de problemas hermenéuticos. En esta

²³⁹ Dentro de la ponencia para primer debate, por ejemplo, se dijo lo siguiente: “No es necesario discutir [...] por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella éste lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia. || Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres e hijos adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias. || Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes. [...]” Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria. Gaceta Constitucional No. 85. Pág. 5.

oportunidad la Corte no entrará a analizar si la familia puede estar o no conformada por parejas homosexuales, asunto que no guarda relación alguna con el problema jurídico que se está analizando. A partir de esta restricción, del apartado '[la familia] se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla' del artículo 42, es posible establecer las siguientes normas: (a) La familia se constituye por tres tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio o decisión responsable de conformarla. || (b) La familia se constituye por cuatro tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio y, (iv) decisión responsable de conformarla. || (c) La familia se constituye (i) por vínculos naturales o (ii) por vínculos jurídicos, que son el matrimonio o la voluntad responsable de conformarla. || (d) La familia se constituye por vínculos naturales –i.e. voluntad responsable de conformarla- o por vínculos jurídicos –i.e. matrimonio-. || La Corte analizará cada una de estas hipótesis hermenéuticas, pues resulta indispensable establecer las formas de conformación de la familia que la Constitución ha contemplado. Ello por cuanto resulta decisivo comprender que constituye el 'núcleo fundamental de la sociedad' y es merecedora de 'protección integral', en los términos del artículo 42 de la Carta.

10.1. En sentencias C-533 de 2000 y C-814 de 2001, la Corte indicó que, en los términos del artículo 42 de la Carta, la familia se constituía por vínculos jurídicos, lo que corresponde a la constitución a partir del matrimonio, o por vínculos naturales – mediante la decisión responsable de constituir familia-. Ello daría pie para pensar que la interpretación que acoge la Corte del artículo constitucional en cuestión es la opción d) antes indicada. Empero, una lectura atenta de las sentencias mencionadas, permite concluir que tal interpretación está vinculada directamente al problema jurídico analizado: vicios en el consentimiento del matrimonio (C-533 de 2000) y adopción (C-814 de 2001). En este orden de ideas, tal interpretación del artículo 42 de la Carta se limita a soportar las *ratione decidendi* de las sentencias en cuestión.²⁴⁰

10.1.1 La Corte debe analizar, primeramente, si es libremente trasladable a otras situaciones jurídicas la interpretación que hizo la misma Corte en las sentencias mencionadas. La respuesta a esta inquietud ha de ser en principio negativa. La *ratio decidendi* de una decisión judicial, en términos generales, corresponde al fundamento de la decisión o, en otras palabras, a la norma que

²⁴⁰ En la sentencia C-659 de 1997 se hizo la misma interpretación, al analizarse el tipo penal bigamia, que estaba contemplado en el Decreto 100 de 1980.

aplica el juez en la solución del caso objeto de controversia.²⁴¹ Tal *ratio* es el resultado de un ejercicio hermenéutico en el cual el juez justifica tanto la interpretación del derecho positivo como la aplicación de la norma al caso concreto. En este orden de ideas, puede sostenerse que *prima facie* tal interpretación de la disposición positiva está sujeta y sigue la misma de la *ratio* de la sentencia. Con todo, ha de admitirse que tales interpretaciones en algunas ocasiones no necesariamente siguen la suerte de la *ratio*, es decir, que no se limitan a casos análogos, sino que puede trasladarse a otras situaciones, cuando quiera que no existan argumentos que permitan justificar decisiones dentro del mismo ámbito temático. || A partir de las consideraciones precedentes, la Corte estima que, para el caso concreto y el problema que enfrenta la Corporación, la interpretación que se acogió en las sentencias mencionadas no es trasladable a la situación objeto de estudio.

10.1.2. En las dos sentencias mencionadas, la interpretación de la forma en que se conforma la familia parte de una creación, por así decirlo, de arriba hacia abajo, de la familia. Esto es, la conformación de una familia a partir de una decisión de una pareja de establecerse (sea en matrimonio o en unión marital de hecho) y luego vendría la progeneración. Esta forma de conformación de la familia no agota las posibilidades de su constitución. Así, por ejemplo, en situaciones como las madres solteras –voluntaria o involuntariamente- o la inseminación artificial de mujeres solteras, se constituye familia, no a partir de la estabilización de una pareja, sino como consecuencia de la decisión personal o como consecuencia de un embarazo forzado. Ninguna de estas opciones está prohibida por el ordenamiento jurídico y, antes bien, en algunos casos es consecuencia obligada de otras prohibiciones. [...] || Como quiera que no está prohibido, por ejemplo, tener hijos sin tener pareja ¿puede entenderse que en términos jurídicos únicamente es familia si existe pareja? De manera más precisa, ¿supone familia la existencia de una pareja? Como se ha visto, la interpretación que hizo la Corte en las sentencias aludidas daría lugar a pensar que sólo se está en presencia de una familia si existe la pareja o, al menos, existió un matrimonio o una unión marital de hecho. Empero, ello contradice la realidad, en la cual resulta claro que la sociedad entiende que es familia el grupo conformado por pareja y ciertas personas, usualmente hijos, así como grupos conformados por personas (sean hombres o mujeres) y otras personas (usualmente hijos). || Podría argumentarse que resulta irrelevante que la sociedad tenga un concepto más amplio de familia que el propuesto por la Corte, pues el concepto de familia, relevante para el derecho, está definido por el derecho mismo. La

²⁴¹ Ver sentencia SU-047 de 1999, entre otras.

Corte no rechaza este argumento, sin embargo no resulta suficiente para soportar una imperiosa restricción del concepto de familia a aquellos eventos en los cuales se está en presencia de pareja o ella existió. Un ejemplo basta para ilustrar el equívoco punto de partida: ¿existe familia frente a una mujer y su hija producto de un acceso carnal violento? Claramente en esta hipótesis, por desgracia muy real, no existe una pareja previa. Por definición, nunca existió. Nuevamente, ¿puede legítimamente asumirse que en tal caso no existe familia? || El artículo 44 de la Constitución establece que los niños tienen derecho ‘a tener una familia’. Siguiendo con la interpretación que se analiza, ello implicaría que el padre biológico y la madre biológica, estarían en la obligación a constituir una pareja entre ellos, para que se formara una familia. Tal unión podría ser jurídica –matrimonio- o natural –unión marital de hecho-, pero en todo caso exigible a favor del menor. Resulta evidente el resultado absurdo al cual se llega, pues, por definición, tanto el matrimonio como la unión marital de hecho parten de una decisión autónoma y libre por parte de quienes las conforman y, en este caso, sería demandado, para proteger los derechos del menor.²⁴² || Lo anterior muestra que, si bien la interpretación que hace la Corte resulta razonable y, en este orden de ideas, constituye una restricción al concepto de familia, no resulta suficiente para determinar la familia, como concepto jurídico, de manera coherente con el sistema jurídico mismo. Resulta en extremo limitada. Por lo mismo, no resulta legítimo extender esta interpretación a toda situación en la cual el problema jurídico pueda involucrar el concepto de familia.

10.2. La segunda opción hermenéutica que analizará la Corte es la planteada en el caso c): la familia se constituye (i) por vínculos naturales o (ii) por vínculos jurídicos, que son el matrimonio o la voluntad responsable de conformarla. Esta opción presenta varios problemas al asimilar ‘la decisión responsable de conformarla’ a un vínculo jurídico.

10.2.1 La existencia de un vínculo jurídico necesariamente supone un sistema normativo que regule la conformación de la familia. Tratándose de la ‘decisión responsable de conformarla’, se podría considerar las normas relativas a la unión marital de hecho -Ley 54 de 1990-. Sin embargo, tal ley no regula aspectos propios de la familia, sino lo atinente a la sociedad patrimonial de hecho. Las disposiciones contenidas en dicha ley se limitan a establecer reglas relativas a la prueba de existencia de una convivencia que permita presumir la sociedad patrimonial de hecho. Por lo tanto, no puede hablarse de un vínculo familiar, sino de un mero problema

²⁴² Lo anterior sin considerar, además, la violación de derechos humanos, en particular el de casarse libremente. Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

patrimonial. || Con todo, se podría aducir que lo anterior no es óbice para considerar que la Ley 54 de 1990 regula la conformación de la familia por la ‘decisión responsable de conformarla’, en la figura de la unión marital de hecho, pues el régimen de la sociedad patrimonial de hecho es, en realidad, un problema propio de las familias. Esto lleva a otro problema derivado de la literalidad de la Constitución: ‘decisión responsable de formarla’.

10.2.2 El régimen fijado en la Ley 54 de 1990 exige dos años de convivencia para que se presuma la existencia de una ‘sociedad patrimonial entre compañeros permanentes’. Sin embargo, la Constitución únicamente exige la ‘decisión responsable’. No es necesario que exista tal convivencia para que se presente el vínculo familiar. Un ejemplo ilustra el tema: ¿se podría negar la existencia de una familia cuando una pareja de compañeros permanentes ha convivido menos de un año, tienen al menos un hijo y uno de los compañeros muere? La respuesta debe ser negativa, salvo que se ofrezcan argumentos contundentes en sentido contrario. || Se podría argumentar que en tal caso se está en presencia de una familia nacida de vínculos naturales. Si se admitiera esa tesis, ¿cómo se conformó la familia, por vínculos naturales o por la ‘decisión responsable de conformarla’? Si se modificara el ejemplo y se excluyera la existencia de hijos, ¿no habría una familia? Evidentemente, no existiría vínculo jurídico (no hubo convivencia igual o mayor a dos años), pero sí una decisión responsable de conformarla. || Lo expuesto pone de presente que no es posible asimilar plenamente el mandato constitucional ‘la familia se conformará por decisión responsable en tal sentido’ a un vínculo jurídico.

10.3 Restan las opciones hermenéuticas a) y b). De acuerdo con la primera, existirían 3 formas de conformar familia: por vínculos naturales, jurídicos y ‘matrimonio y decisión responsable de conformarla’. En este caso, se elimina la equiparación de matrimonio y decisión responsable de conformar familia, como vínculos jurídicos. Sin embargo, se mantiene una unión conceptual entre matrimonio y la decisión responsable de conformar una familia. Esto último –unión conceptual-, en la medida en que las dos formas de constituir familia se unen en una misma categoría que los diferencia de los vínculos naturales y jurídicos. || El artículo 91 del Código del Menor establece 3 reglas distintas. Según la primera, que no interesa para el caso, el adoptante puede tener o llegar a tener hijos dentro del matrimonio, fuera de éste o adoptivos. Conforme a la segunda, que tampoco interesa para el presente caso, el guardador puede adoptar al pupilo si se aprueban las cuentas de la administración. De acuerdo con la tercera, el

cónyuge puede adoptar los hijos del otro. || Este último evento implica que puede haber familia sin que uno de los cónyuges (o la pareja de hecho) adopte los hijos del otro cónyuge. No está prohibida la convivencia de la pareja, los hijos comunes y los hijos de uno y otro integrante de la pareja. Antes bien, resulta claro que estaría prohibido impedir tal convivencia, pues en este caso se presenta una ‘decisión responsable’ de conformar una familia. Obsérvese que por efecto del matrimonio se conforma una familia entre la pareja, pero será la decisión responsable la que permita conformar una familia con los hijos extramatrimoniales o previos de los integrantes de la pareja. Ello conduce a un error: equiparar, en términos hermenéuticos matrimonio y ‘decisión responsable de conformarla’. Tal equiparación (en la medida en que se ubican en la misma categoría), lleva a centrar, de una u otra forma, a la familia en torno a la pareja, cuando tal interpretación conduce a forzar una familia en contra de la decisión de los integrantes de la pareja. || La madre o el padre biológico de los hijos nunca dejarán de ser parte de la familia de éstos, a pesar de la negativa del cónyuge o compañero de permitir la convivencia con los hijos previos o extramatrimoniales. Tampoco, por otro lado, se puede forzar la convivencia, pues la Constitución expresamente protege la posibilidad de decidir si se conforma familia bajo estas condiciones.

10.4 Lo anterior obliga a aceptar como única hipótesis admisible la b), según la cual la familia se conforma de 4 modos: vínculos naturales, vínculos jurídicos, por matrimonio y, además, por la decisión responsable de conformar familia. || A la fecha, el legislador no ha agotado ni desarrollado plenamente los efectos de las distintas formas de conformar a la familia, previstas en la Constitución. Tal falta de desarrollo normativo no implica que el mandato constitucional, que obliga a reconocer diversas formas de familia, no tenga efectos jurídicos.”²⁴³

²⁴³ Continúa la sentencia: “10.5 Se podría alegar, en todo caso, que esta línea de argumentación no tiene en cuenta las obligaciones y relaciones de consanguinidad y afinidad, derivadas de las relaciones familiares resultantes del matrimonio o de las parejas de compañeros permanentes. Sobre el particular, la Corte precisa que la familia no se estructura en torno a tales relaciones de consanguinidad, afinidad y existencia de obligaciones, como los alimentos. La familia se organiza en torno a la solidaridad. Cosa distinta es que en determinadas circunstancias fenómenos biológicos tengan consecuencias jurídicas. Así, el padre biológico está obligado a dar alimentos a sus hijos, y los hijos tienen deber de respeto hacia los padres biológicos. Pero ello no agota la temática de la familia. Asumir lo contrario, implica entender que la familia, en el sentido constitucional, se agota y se define a partir de su regulación legal. Así, resulta imposible ejercer un control constitucional y queda en entre dicho la supremacía de la Constitución. || Dicha supremacía, por su propia naturaleza, supone independencia entre el ámbito constitucional y el legal. La Corte ya ha abordado esta cuestión –imposibilidad de definir los conceptos constitucionales a partir de sus meros desarrollos legales– al tratar el tema de juez natural en sentencia SU-1184 de 2001. En dicha oportunidad, la Corte destacó las dificultades que existían para concebir de manera independiente del desarrollo legal el derecho al juez natural, pero no por ello se tornaba en una tarea imposible. Lo mismo puede predicarse del concepto de familia. Este, claramente está directamente ligado a desarrollos legales, pero su esencia es de raigambre constitucional. De ahí que la falta de desarrollo normativo no despoja de contenido normativo al precepto constitucional y que la aplicación analógica de los preceptos desarrollados a circunstancias no reguladas se supedite a su

La sentencia C-577 de 2011 presenta la interpretación del artículo 42 de la Constitución Política identificada como la hipótesis (d) dentro de la sentencia T-163 de 2003 y desvirtuada por las razones citadas, como si fuera una posición unánime y reiterada por la Corte. Para ello sustenta su dicho en una sentencia de 1996.²⁴⁴

2.10.3.4. No es cierto, entonces, que una lectura literal del artículo 42 de la Constitución Política de 1991, de forma simple y escueta permita determinar el alcance del mismo. Los Magistrados que aclaramos el voto no nos oponemos al uso de los métodos y criterios de interpretación a los que recurre la jurisprudencia en general y la sentencia C-577 de 2011 en particular; por el contrario, se requieren en tanto no basta una aproximación textual. No es cierto que la lectura de esta norma haya sido unánime, reiterada y pacífica. Como muestran las distintas interpretaciones citadas, no hay una única lectura de dicho texto constitucional. Las dificultades y tensiones que a lo largo de la jurisprudencia se han dado en la materia surgen, precisamente, de las ambigüedades y posibilidades de sentido que el propio texto constitucional sugiere pero no precisa de manera categórica. Precisamente, como lo señala la sentencia T-163 de 2003, el texto constitucional concede un amplio margen de configuración al legislador para que defina tales límites, en democracia.

La sentencia C-577 de 2011 recuerda que en la sentencia C-814 de 2001 se afirmó que “[...] de la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.” Al igual que lo hicieron los Magistrados de la Corte de aquel entonces, los Magistrados que aclaramos hoy nuestro voto, acompañamos a la sentencia C-577 de 2011 al decidir no reiterar lo dicho en la sentencia C-814 de 2001.²⁴⁵ Consideramos que las afirmaciones

compatibilidad de tal aplicación con los mandatos constitucionales.” Corte Constitucional, sentencia T-163 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). En esta ocasión se decidió, entre otras cosas: “Teniendo en cuenta lo anterior y el análisis realizado por la Corte sobre el concepto de familia en la Constitución colombiana, no existen razones admisibles para acoger una interpretación restrictiva de la expresión “padres” del artículo 163 de la Ley 100 de 1993. Ante la imprecisión que resulta de confrontar tal expresión con la Constitución, ha de optarse por la opción hermenéutica menos restrictiva de los derechos de las personas: la expresión padres incluye a quienes, sin ser padres biológicos, pasan ante la sociedad como padres de una persona. Se trata de un desarrollo del principio de solidaridad, como lo manda el artículo 48 de la Constitución.”

²⁴⁴ Dice la sentencia al respecto: “Con apoyo en los anteriores criterios, reiteradamente la Corporación ha afirmado que la Constitución ‘consagra inequívocamente dos formas de constituir familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos’ (C-595 de 1996), lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas ‘corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún otro tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges’ (C-821 de 2005).” Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011. La sentencia C-821 de 2005, fundándose en la sentencia C-533 de 2000, dijo expresamente: “La jurisprudencia ha sostenido que la propia Constitución, al consagrar inequívocamente dos formas de constituir la familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos, reconoce el diverso origen de aquella y establece una diferencia clara entre la unión marital y el matrimonio. Así, mientras la primera corresponde [...]” Corte Constitucional sentencia C-821 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil, AV Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Araujo Rentería). En aquella oportunidad se resolvió declarar constitucional el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, modificatorio del numeral 1º del artículo 154 del Código Civil, el cual consagra como una de las causales de divorcio “[l]as relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges”.

²⁴⁵ En este caso se resolvió declarar constitucional una norma legal que exige que las parejas que busquen la adopción estén conformadas por un hombre y una mujer. Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001 (MP

de uno de los salvamentos de voto a aquella sentencia, refleja (i) que el tema no fue pacífico en el debate en Sala, y (ii) que ni la mayoría ni la minoría de la Sala pudo proponer un sentido de la norma mirando únicamente la letra de la Constitución en uno de sus incisos, ni empleando un único método de interpretación. Dijo aquel salvamento de voto,

“[...] no deja de ser paradójico que si la Corte optó por una aproximación literal, haya limitado su lectura al primer inciso del artículo 42 de la Carta Política. Esta disposición está compuesta por 13 incisos dedicados a regular constitucionalmente la familia. Precisamente el octavo se ocupa en establecer quién tiene el derecho a decidir cuántos hijos pueden hacer parte de una familia. Dice la norma,

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores e impedidos. (Resaltado fuera del texto)

¿Cómo pudo omitir la Sala Plena que el inciso en el que se regula precisamente el tema de la decisión de tener hijos, la mención a “la pareja” no tiene acotación de ninguna especie? La norma no hace distinción alguna, no exige que la pareja sea heterosexual. Los homosexuales, como las demás personas, tienen derecho a decidir junto con su pareja el número de hijos que pueden tener. || Para quienes salvamos el voto, cuando el primer inciso del artículo 42 establece como vía para constituir la familia la “voluntad responsable de conformarla”, se introduce al texto constitucional una concepción amplia de familia que permite proteger formas diversas a la constituida mediante matrimonio. Contempla, por ejemplo, la mujer soltera con hijos (mujer cabeza de familia, protegida especial y expresamente por el artículo 43 de la Constitución); las parejas en unión libre, homosexuales y heterosexuales; todas aquellas formas de organización familiar diferentes que provengan de visiones culturales o religiosas constitucionalmente protegidas; o aquellas que puedan ser previstas o reconocidas por el legislador como tales. Todos los colombianos, sin importar el color de su piel, su clase social, la cultura a la que pertenezcan o si son homosexuales, tienen derecho a conformar una familia por el ejercicio de su voluntad siempre que ésta sea responsable. || El artículo 42 de la Constitución, por ejemplo, prevé la protección que se requiere dar a las familias

Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett). Los Magistrados que salvaron su voto consideraron, entre otras cosas, que la lectura del artículo 42 de la Constitución no había sido literal. El texto por sí sólo no esclarece el sentido de la norma constitucional, por lo cual consideraban preciso recurrir a otros métodos de interpretación que permiten llegar a conclusiones diferentes a las señaladas por la Sala Plena.

dentro de una sociedad cambiante, una sociedad donde las personas, en ejercicio de sus libertades y acoplándose a las diferentes transformaciones de orden económico, sociológico o cultural, modifican sus estructuras y organizaciones familiares.²⁴⁶ Dice el inciso sexto,

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

[...] || Ahora bien, si en lugar de mirar tan sólo una frase de la Constitución, se hace una lectura sistemática de la Carta Política, esto es, una lectura integradora de todo el texto constitucional, es claro que una concepción amplia de familia coincide con el espíritu pluralista, democrático y respetuoso de la diversidad, que inspira a la Constitución de 1991. A diferencia de la Carta Política de 1886, el texto constitucional vigente no se comprometió con una visión cultural o religiosa que fuera asumida como ‘oficial’ y excluyera a grupos o sectores sociales que no la compartieran. Contrario a lo sostenido por la Sala, la Constitución del 91 goza de un espíritu inclusivo; busca que todos los colombianos sea reconocidos, sin desconocer su cultura, sus tradiciones, su orientación sexual o cualquiera que sea su visión del mundo, grupal o individual. || En efecto, el artículo primero señala que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de una república ‘democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana’. Por su parte, el artículo segundo contempla dentro de los fines esenciales del Estado, la protección no sólo de los derechos y las libertades, sino también de las creencias de todas las personas. El artículo quinto reconoce, ‘sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.’ Por su parte, el artículo séptimo señala que el Estado ‘reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación’. Imponer la concepción de familia heterosexual y monogámica es contraria a los preceptos constitucionales citados. || La Carta consagra también una serie de garantías constitucionales de cuyo

²⁴⁶ En la investigación *La familia en Colombia*, publicada por la Presidencia de la República en 1994, año internacional de la familia, se afirma: “La situación de la familia en Colombia es el resultado de los cambios que se han producido, por un lado, en su estructura, en sus formas de constitución y en sus formas de organización y, por otro, de las características de la política social, cultural y étnica del país” (p.73). Más adelante se afirma: “(...) el eje de lo que se ha denominado crisis familiar es la crisis de la relación de pareja. Tal crisis se produce por la tensión entre las exigencias de la familia como institución y las exigencias erótico afectivas de la pareja y del desarrollo individual de cada uno de los miembros de la familia. Esta crisis exige una recomposición de la organización familiar. En el país la pareja y la familia viven una etapa de transición en ese sentido, con extremos muy marcados y con procesos a veces traumáticos.” (Resaltado fuera del texto, p.85) (Zamudio, L. Y Rubiano, N. *La familia en Colombia*, en *Las familias de hoy en Colombia*, Tomo 1. Presidencia de la República, 1995).

ejercicio pueden desarrollarse concepciones diversas de familia, las cuales, en consecuencia, se encuentran también protegidas constitucionalmente. El derecho a la igualdad (artículo 13), por ejemplo, impide discriminar en razón a la orientación sexual y opinión filosófica, dejando a las personas en libertad de conformar parejas de carácter homosexual. El derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), que contempla la posibilidad de desarrollarse tan ampliamente como los derechos de los demás lo permitan, protege, por ejemplo, la decisión de conformar familia sin tener pareja alguna. O la libertad de conciencia (artículo 18), la cual impide que alguien pueda ser molestado por sus convicciones o ser obligado a actuar en contra de su conciencia, y la libertad de cultos (artículo 19), que protege a toda persona el derecho a profesar y difundir sus creencias, en forma individual o colectiva, libertades en virtud de las cuales alguien, por ejemplo, puede reclamar su derecho a practicar la poligamia porque así se lo ordenan los que él considera textos sagrados. || Todas estas cláusulas contemplan y protegen dimensiones posibles del desarrollo de las personas que comprenden, incluso, la conformación de tipos de familia diferentes a una pareja heterosexual monogámica. Es cierto que el artículo 42 de la Constitución contempla una restricción expresa con base en la orientación sexual a la institución del matrimonio, a saber, sólo puede celebrarlo una pareja conformada por un hombre y una mujer. Sin embargo, a la luz del resto del texto constitucional, es decir, a partir de una interpretación sistemática, es forzoso concluir que una restricción de tal envergadura no puede expandirse, por medio de interpretaciones, a lo largo de la Constitución en desmedro de todos los derechos y principios anteriormente citados. Como se ha señalado, son varias las normas que le otorgan un lugar privilegiado en términos de protección a la familia dentro del ordenamiento jurídico colombiano; defender una visión restrictiva de ella, como lo hace la mayoría de la Sala, implica limitar por vía de interpretación, derechos y garantías a grupos de personas que incluso, en muchas ocasiones, según la Constitución deben recibir especial protección. Paradójicamente, la sentencia excluye y desprotege a todas las modalidades de familia que no se funden en una unión monogámica y heterosexual.

La Carta Política del 91 asumió la posición de reconocer la diversidad y pluralidad cultural negada durante un siglo a múltiples grupos sociales. La decisión de la mayoría de los magistrados olvidó que la protección constitucional no es ciega a las familias indígenas de comunidades que no practican la monogamia o las formas sociales diversas de organización familiar

que existen en el litoral pacífico o la costa atlántica.²⁴⁷ De hecho, sectores de la población como aquella que forma parte del movimiento de negritudes, vienen luchando para que se reconozca legalmente su concepto de familia, y en tal sentido han presentado proyectos de ley.²⁴⁸

2. Como se dijo, para apoyar la tesis según la cual la Constitución de 1991 sólo entiende por familia una pareja monogámica y heterosexual, la Sala recurre a los antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente. El propósito es sostener que en la parte final del primer inciso del artículo 42, cuando se habla de que la familia puede constituirse por la ‘voluntad responsable de conformarla’, se hace referencia a una pareja heterosexual, por cuanto tal fue la intención del constituyente. || En primer lugar debe decirse que la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución. Las normas que la componen fueron las proposiciones que se sometieron a votación y fueron aprobadas por los delegatarios. Ello no quiere decir que no sea legítimo esclarecer el sentido de un texto a partir de los debates que dieron lugar a ella, pero sí fija ciertos límites. No es admisible, por ejemplo, que a partir de la opinión de quien rindió ponencia a la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la norma en cuestión, se pretenda entenderla con un significado tal que contravenga abiertamente el sentido gramatical de la misma. No es admisible que se acepte que lo dicho por un constituyente representa la voluntad de los 72 delegatarios. || En segundo lugar, debe anotarse que reconstruir la génesis de una norma, cuando ello constituye el argumento central y definitivo para fijar su sentido, supone reconstruir el proceso deliberativo que dio lugar a ella. Al hacerlo, es posible encontrar diferentes posiciones, como la sostenida por el constituyente Jaime Benítez, quien fuera Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,

“Cuando empezamos a estudiar en la subcomisión el tema, encontramos que en la propuesta del gobierno,

²⁴⁷Son varios los estudios realizados en Colombia que muestran los diferentes tipos de familia que existen en el país. Quizá el más pertinente sea *Familia y cultura en Colombia* de Virginia Gutiérrez de Pineda. En él se relatan los diferentes grupos indígenas que practican la poligamia, entre ellos los guajiros, los panares, los piaroas, los guahíbo, los motilonos y los koguis (Gutiérrez, V. *Familia y cultura en Colombia* Instituto colombiano de cultura, 1975. p.118 y ss). Otros estudios como *La familia de litoral pacífico*, reportan casos e historias de vida concretos como el de Desidero Murillo, un chocuano que tenía once mujeres (Cevallos, D. y otros. *La familia del litoral pacífico*, en *Las familias de hoy en Colombia*, Tomo 3. Presidencia de la República, 1995).

²⁴⁸Dicen Lucero Zamudio y Norma Rubiano en su investigación sobre la familia: “En la medida en que el movimiento de negritudes trabaja por recuperar la identidad cultural del pueblo negro y en que se trabaja en un proyecto de ley en tal sentido, nos parece que es en ese marco y a través de las comunidades negras que se debe analizar la familia negra, que el proyecto de ley define como “el conjunto de parientes consanguíneos de primer grado en línea directa o colateral, o de otro grado. Dentro de este concepto se involucra a parientes afines y al parentesco por compadrazgo, que crean y recrean relaciones de derechos y deberes.” (Zamudio, L. Y Rubiano, N. *La familia en Colombia*, en *Las familias de hoy en Colombia*, Tomo 1. Presidencia de la República, 1995. p.102).

artículo 30 del proyecto gubernamental, dice: (inciso primero) 'todas las personas tienen el derecho a conformar y desarrollar libremente una familia'. Para mí era clara la intención de continuar con la legislación inglesa, que es la única del mundo hoy en donde se reconoce el matrimonio homosexual. Pero fuimos a buscar otros proyectos, y casi todos los que están en estudio en la constituyente dicen: 'cualquier persona', 'toda persona', todas dicen lo mismo más o menos, hasta que encontramos el proyecto de la iglesia católica y el proyecto de la iglesia episcopal de Colombia. En el inciso segundo dice: 'toda persona tiene derecho a contraer libremente matrimonio'. Exactamente la misma confusión puede presentar el proyecto gubernamental y todos los proyectos, yo no creo que haya sido la intención del gobierno ni de la conferencia episcopal, ni de ninguno de los constituyentes que presentaron sus proyectos la de llegar al matrimonio homosexual, sin embargo lo estudiamos y vimos por qué tanta coincidencia en esta terminología. || Yo expliqué en la subcomisión por qué en mi concepto sí era necesario reglamentar muchos de los derechos de unión y económicos entre homosexuales. Porque hoy (los) homosexuales, hombres y mujeres, conviven 10, 15, 20 años, se separan, y eso ha causado muchos hechos económicos que no están reglamentados, y yo creo que deben ser motivo de alguna reglamentación, porque conocí en el cargo que desempeñé muchísimos casos de estos. || De otra parte se ha dado mucho el caso en Colombia, no es ni uno ni cien, sino muchos más casos de adopción por parte de homosexuales; hombre homosexual que adopta un niño, mujer homosexual que adopta un niño o niña, con la sana intención de criar un hijo, entre quienes se forman unos hechos afectivos, y unos hechos económicos que tampoco están suficientemente reglamentados, para ese caso específico.”²⁴⁹

A partir de esta intervención es claro que entre los constituyentes, incluso de los que más trabajaron este tema y defendieron que el matrimonio sólo fuera heterosexual, también estaba presente el interés por regular fenómenos sociales y nuevas formas de conformar familia al interior de la sociedad colombiana. Por ello, se preocuparon de no cerrar la puerta a la evolución social y a la transformación legislativa que la acompañe. La Constitución de

²⁴⁹ Intervención del Dr. Jaime Benítez, en el debate del 15 de mayo de 1991 adelantado por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente.

1886, al igual que las leyes que la desarrollaron, eran ciegas a todos esos casos debido a su concepto estrecho de familia. Muchos delegatarios, y tal era su intención al votar, apoyaron un concepto amplio que regulara y protegiera la pluralidad de conformaciones sociales.

Y en tercer lugar, hay que formularse la siguiente pregunta: ¿debe aceptarse la interpretación de un inciso de un artículo de la Constitución con base en lo alegado por el ponente de la norma ante la Plenaria de la Asamblea Constituyente, cuando el texto mismo de la disposición, una lectura integral de la Constitución (interpretación sistemática), al igual que una lectura de acuerdo a los fines buscados por la Carta Fundamental (interpretación teleológica), defienden una interpretación contraria? Para nosotros la respuesta es clara: es inadmisibile. Cuando los diferentes métodos de interpretación jurídica señalan un camino, éste no puede omitirse con base en la supuesta génesis de un inciso.”²⁵⁰

La posición asumida por los Magistrados que salvaron el voto a aquella decisión tenía en cuenta el estado en que estaba el debate en aquella época (2001), en los distintos ámbitos y escenarios de la vida nacional, como por ejemplo el Congreso de la República. Más de una década ha transcurrido desde entonces, y el mundo, al igual que el país, ha evolucionado en debates como el presente. Afirmar actualmente que la familia constitucionalmente protegida es la monogámica y heterosexual, únicamente, desconocería los cambios que ha tenido la institución en la realidad y la jurisprudencia constitucional en la materia desde el 2007, como expresamente lo indica la sentencia C-577 de 2011. También, como se dijo, implicaría desconocer el carácter pluriétnico y multicultural de la nación, el cual supone que el Estado respete, proteja y garantice los derechos de todas las familias, sin desconocer sus diversidades; ámbito en el cual la jurisprudencia constitucional también ha avanzado. Nada más lejano al espíritu constitucional de 1991 que querer imponer a las personas y a los ciudadanos un modelo de familia concreto y particular. Esta nunca fue su intención, como se revela en las palabras mismas de la Constitución, que indican categóricamente que, entre otras formas, la familia se constituye por la ‘voluntad responsable de conformarla’. Esta amplia y ambigua expresión, permite recoger familias reales, que se expresan en nuevas manifestaciones familiares que existen y no encajan en las anteriores categorías, a la vez que confiere un amplio margen de configuración al legislador para establecer nuevas y diversas formas de familia. El texto del artículo 42 no es cerrado y taxativo al respecto.

2.11. *Las relaciones de pareja no son exclusivamente patrimoniales*

²⁵⁰ Salvamento de voto a la C-814 de 2001 de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett.

Las relaciones de pareja tienen un importante contenido económico, como lo tiene la subsistencia en general de cualquier persona o núcleo familiar. Pero éste no es ni su sustento, ni su fundamento, ni su razón de ser.

2.11.1. Las relaciones de pareja se fundan en relaciones de vida; en el amor, en la solidaridad, el afecto, el cariño o la complicidad de querer hacer una vida juntos. Las cuestiones patrimoniales son una dimensión de lo humano que está presente en las relaciones de pareja, pero no son el cemento, el pegante fundamental y básico de las relaciones de pareja. Incluso en aquellas parejas en que el éxito económico es un asunto vital, la relación de pareja suele tener múltiples aristas que superan el ámbito de las meras relaciones de negocios, de trabajo o empresariales. Los sentimientos, las emociones y los afectos suelen tener un lugar privilegiado en el nacimiento, la construcción y la permanencia de las relaciones de parejas. Estas afirmaciones son ciertas para todas las parejas, con independencia de cuál sea el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la raza, la religión o el origen familiar o nacional de las personas que las conformen. Compartimos por tanto, las afirmaciones que la sentencia hace, en el sentido de entender que las familias de parejas de personas del mismo sexo han sido protegidas constitucionalmente, con un marcado sesgo patrimonial, pero que éste no es su elemento característico.²⁵¹

2.11.2. Si bien es cierto que muchas de las normas que han sido acusadas ante la Corte Constitucional han tenido un pronunciado aspecto patrimonial, esa no ha sido exclusivamente la materia de la cual se han ocupado. Por ejemplo, se ha pronunciado con relación a normas en materia de protección de bienes jurídicos tutelados penalmente, como la violencia intrafamiliar. Pero más importante aún, es señalar que el fundamento de las protecciones en aquellos ámbitos patrimoniales no ha sido la existencia de una relación patrimonial, sino la existencia de una comunidad de vida, de una relación de afectos, emociones y sentimientos, en torno a acciones solidarias mutuas. Son estas dimensiones de protección de lo humano las que llevaron a la Corte a proteger a las familias de las parejas de personas del mismo sexo. Una interpretación contraria llevaría a devaluar el sentido mismo de la familia dentro del orden constitucional vigente. La familia no es una unidad económica, una unidad patrimonial. El núcleo fundamental de la sociedad, la familia, no es una institución estructurada en torno al patrimonio. De hecho, al igual que ocurre con el carácter reproductivo del matrimonio (que si bien es una de las funciones para las cuales se emplea tradicionalmente la institución, no es una característica indispensable y necesaria, para su existencia), el elemento patrimonial se puede dejar de lado en un matrimonio. Una pareja, desde hace mucho tiempo en la legislación colombiana puede adoptar capitulaciones, excluyendo así buena parte de las conexiones patrimoniales que suelen tener legalmente las parejas. Por supuesto,

²⁵¹ Dice la sentencia al respecto: “La convivencia sustentada en la afectividad y en vínculos emocionales conjuntos genera una comunidad de vida que suele manifestarse en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en apoyo moral, así como en la realización de un proyecto compartido que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de la familia y en el logro de su felicidad, todo lo cual es experimentado por los miembros de una unión homosexual y por todo aquel que forme parte de una familia, cualquiera sea su conformación.” Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

lo dicho en el presente apartado es aplicable para las parejas de personas del mismo sexo, con independencia a cuál sea su orientación sexual o a su identidad de género. En tanto familias, su comunidad de vida tiene dimensiones patrimoniales, pero no se limita ni circunscribe a estas.

2.12. *La constitución de la familia es un aspecto central*

El derecho constitucional de las parejas de personas del mismo sexo a celebrar un acto contractual de carácter marital, solemne y formal es una manifestación directa del derecho constitucional a constituir una familia. Ahora, en tanto la familia es el núcleo básico de la sociedad, se trata entonces, del derecho de este tipo de parejas a constituirse como un núcleo esencial de la sociedad.

2.12.1 Se trata de un acto, por lo tanto, que no sólo adquiere una importancia capital desde el punto de vista de la protección de los derechos y libertades individuales a toda persona y a toda pareja que constituya una comunidad de vida, sino desde el punto de vista de una institución fundamental para la construcción de la sociedad y su desarrollo. En tal medida, el que un determinado acto humano tenga como efecto constituir una familia, institución medular de la sociedad, en modo alguno puede ser considerado un ‘aspecto puntual’, coyuntural o accesorio. Es un efecto social y jurídico de toda la trascendencia en un estado social y democrático de derecho que contempla a la familia como núcleo básico de la sociedad. Nos apartamos de la sentencia C-577 de 2011 cuando sugiere que ello es así.²⁵²

2.12.2 Si bien es cierto que las comparaciones entre las distintas clases de familias no puede llegar al extremo de homogenizarlas entre sí, y obligar a las personas a constituir sólo un tipo de familia posible, no se puede aceptar que en virtud de tales distinciones se sugiera que el hecho de que un acto constituya una familia sea menor, marginal o accesorio. Precisamente, es posible comparar grupos de personas organizadas en torno a acuerdos de carácter marital, por contrato (matrimonio) o de facto (unión marital de hecho), o grupos de personas ligadas por vínculos de sangre o por adopción. Todos estos grupos de personas, a pesar de sus diferencias, son comparables entre sí porque todos ellos constituyen familias, son familias.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el constituyente estableció como uno de los criterios sospechosos de discriminación el ‘origen familiar’, cuando se emplea para fijar diferencias de trato en la adjudicación de derechos y deberes a las personas, es imposible considerar que el hecho de que un acto implique constituir familia sea un asunto menor. Es más, el matrimonio que actualmente existe para parejas de personas de distinto sexo es una institución que puede ser comparada con el desarrollo legal que haga el legislador en la materia, para

²⁵² La afirmación que no compartimos los Magistrados que aclaramos el voto es la siguiente: “[...]la comparación entre el matrimonio y la institución contractual que tendría que crearse para atender las necesidades de protección de las parejas homosexuales no puede limitarse a un aspecto tan puntual como la constitución de la familia, porque cada una de esas figuras jurídicas comprende un elevado número de materias regulables, así como un sinnúmero de relaciones jurídicas proyectadas en distintas áreas del ordenamiento, más allá del derecho civil y del derecho privado en general.”

asegurar el derecho constitucional de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. Precisamente porque, además de ser dos maneras de constituir el núcleo básico de la sociedad (la familia), son parecidas y análogas entre sí, son actos contractuales, solemnes y formales.

2.13. *Las sentencias inhibitorias de la Corte Constitucional, por ineptitud de demanda no fijan precedentes sobre la materia que, precisamente, la Corte se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno*

La Corte Constitucional no habla ni analiza en sede de constitucionalidad los temas que a su antojo considere pertinente tratar. Es la Constitución mediante las competencias que le fija de oficio, o los ciudadanos mediante sus acciones de inconstitucionalidad, que son el ejercicio de un derecho político, quienes deciden cuáles son los temas a tratar por la Corte Constitucional. Los cargos presentados en las acciones de inconstitucionalidad establecen cuál es el problema jurídico sometido a consideración de las partes, fijando de tal forma, cuál es el ámbito de competencia dentro del cual pueden actuar los jueces constitucionales. En democracia, los jueces tienen el poder de dictar el derecho (*iuris dicto*), esto es, resolver con autoridad las cuestiones que les son sometidas a su consideración, de acuerdo con las reglas constitucionales y legales de competencia. Por lo tanto, aquellas cuestiones que aborde un juez constitucional y no sean parte de la decisión o de la razón de la decisión (la *ratio decidendi*), son dichos de paso (*obiter dicta*), que no tienen la fuerza vinculante de precedente. Con mayor razón, en aquellas oportunidades en que la Corte Constitucional se inhibe de conocer una demanda, en modo alguno fija jurisprudencia. En tanto un precedente es un modelo de resolución de un problema jurídico, que sirve para casos similares futuros, una sentencia en la que los jueces resolvieron expresa y explícitamente no resolver problema jurídico alguno, de ninguna forma puede ser considerado modelo de resolución de controversias futuras.

2.13.1. De acuerdo con lo anterior, las afirmaciones de la sentencia C-886 de 2010 a las que se hace alusión en el apartado (2.2.) de las consideraciones de la sentencia C-577 de 2011, no pueden ser tomadas en forma alguna como jurisprudencia constitucional.²⁵³ En aquella sentencia (C-886 de 2010), en una

²⁵³ De acuerdo con la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional ya había fijado importantes parámetros respecto a la cuestión analizada en el presente proceso en la sentencia C-886 de 2010, cuya una resolución fue inhibirse de conocer el asunto que se le había sometido a su consideración. Según la sentencia C-577 de 2011 en tal fallo inhibitorio se habrían definido importantes cuestiones; se dijo al respecto lo siguiente: “Una presentación general de las razones expuestas en la sentencia C-886 de 2010 para sustentar la inhibición, permite destacar que en contra de lo alegado por los actores la Corte encontró que (i) el artículo 113 del Código Civil no obliga a nadie a renunciar a su orientación sexual ni a contraer matrimonio, (ii) no comporta trato degradante e inhumano contrario a la dignidad de las persona [sic] homosexuales, (iii) que la afirmación de conformidad con la cual el artículo 42 superior se limita reflejar la realidad consistente en que la heterosexualidad es mayoritaria en nuestro país no implica, en sí misma, formulación de un cargo de constitucionalidad, como tampoco lo estructura la simple aseveración de que el artículo 2° de la Ley 294 de 1996 se le ha dado una interpretación errada.” Las afirmaciones incluidas en la sentencia C-886 de 2010 no pueden ser descontextualizadas. Su propósito es justificar que no existe cargo susceptible de inconstitucionalidad que pueda ser analizado, en forma alguna se puede considerar que las afirmaciones de aquella sentencia contemplan

decisión altamente dividida, la Corte resolvió inhibirse de hacer pronunciamiento de fondo alguno sobre la sentencia estudiada porque se consideró que las acciones de inconstitucionalidad que habían sido presentadas no reunían los requisitos necesarios y suficientes para que los cargos presentados pudieran ser analizados en sede de constitucionalidad.²⁵⁴ En otras palabras, la sentencia C-886 de 2010 hace parte de la línea jurisprudencial con relación a cuándo la Corte debe inhibirse frente a una demanda y cuándo debe conocerla y pronunciarse de fondo. La sentencia C-886 de 2010 expresamente dejó de lado la demanda, así como las cuestiones constitucionales presentadas por la misma, por tanto, cualquier cuestión de fondo que se haya tratado en ella es un mero dicho de paso (*obiter dicta*) que no vincula dentro del ordenamiento, que no constituye jurisprudencia.

2.13.2. La sentencia C-886 de 2010 no estudió de fondo la constitucionalidad de una norma legal, y en tal sentido, no estableció con autoridad cuáles eran las reglas constitucionales aplicables, ni las derivadas del propio texto de la Carta Fundamental, ni las derivadas del bloque de constitucionalidad.²⁵⁵ La única cuestión que ha debido abordar en detalle la sentencia C-577 de 2011 con relación a la sentencia C-886 de 2010 es por qué en aquella oportunidad argumentos similares a los ahora considerados no se admitieron, ni siquiera en desarrollo del principio *pro actione*, y por qué ahora sí se considera que reúnen los requisitos necesarios y suficientes.

La sentencia ha debido dar luces en cuanto al tema de admisibilidad de las demandas, en lugar de suponer que en aquella inhibición se había fijado jurisprudencia importante, a rescatar en el presente caso. De hecho, cuando se plantea la cuestión en la sentencia C-577 de 2011, expresamente se pasa por alto, sin hacer explícito el análisis.²⁵⁶

2.13.3. Los Magistrados que salvamos el voto a la decisión adoptada en la sentencia C-886 de 2010 y que ahora lo aclaramos a la decisión adoptada en la

algún tipo de juzgamiento de alguna norma o parámetro legal. Expresamente la Corte Constitucional decidió no tomar tal tipo de decisión en aquella oportunidad.

²⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-886 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo; SV María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva). El salvamento de voto, titulado '*vinieron por justicia y salieron discriminados*', señala por qué la demanda sí ha debido ser admitida y cuestiona, precisamente, que la mayoría haya incluido en el texto de la sentencia afirmaciones que implicarían un juicio de fondo y, por tanto, sólo podrían haberse incluido legítimamente en la sentencia si se hubiera admitido la demanda para ser conocida de fondo.

²⁵⁵ La sentencia C-577 de 2011 emplea la sentencia C-886 de 2010 como referente para determinar el alcance del bloque de constitucionalidad en aspectos referentes a la cuestión analizada de fondo. En la medida que la sentencia de 2010 es un fallo inhibitorio, los Magistrados que aclaramos el voto consideramos que dicha decisión no es un precedente aplicable con relación a cuestiones de fondo. Al respecto, ver el apartado 4.6. de la sentencia C-577 de 2011, en concreto la nota al pie 143.

²⁵⁶ Dice al respecto la sentencia C-577 de 2011: "En la causa que ocupa la atención de la Corte podría pensarse que resulta indispensable examinar uno a uno los argumentos de las demandas acumuladas para determinar, de manera sucesiva, si los cargos formulados son aptos o no los son, pero la Corte considera que, a diferencia de las demandas analizadas en la providencia que se acaba de citar, las que ahora son objeto de examen contienen apreciaciones específicas y que las ubican en un contexto diferente del que ya la corporación tuvo oportunidad de apreciar. || Nótese que mientras en la sentencia C-886 de 2010, a propósito de distintos cargos de inconstitucionalidad, en repetidas ocasiones la Corte advirtió que los actores partían de confundir la nociones de familia y matrimonio, en las demandas D-8367 y D-8376 tal confusión no se presenta [...]".

sentencia C-577 de 2011, lamentamos que no se hayan evidenciado las diferencias entre los criterios específicos de admisibilidad aplicados en aquella oportunidad y los empleados en la presente ocasión, pero celebramos el cambio que al respecto se dio, permitiendo que en el presente caso se retornara a la jurisprudencia aplicable en la materia, según la cual, demandas como las analizadas en ambas oportunidades, sí cumplen con los requisitos para poder ser analizadas en sede de constitucionalidad. A juicio de quienes salvamos el voto, aquellas demandas y las presentes eran admisibles, para los demás magistrados de la Sala ello no fue así, pero las razones de por qué asumieron tal posición, por lo pronto, se mantendrán en privado.

3. Lo que se debe hacer ahora: asegurar el goce efectivo de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo

3.1. Como se dijo, el sentido básico de la sentencia C-577 de 2011 es tomar una decisión que respetara, por una parte, la facultad legislativa del Congreso de la República, pero que a la vez permitiera asegurar el goce efectivo del derecho de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, en caso de que el legislador no expida los parámetros normativos correspondientes.

3.2. En especial, se ha de tener en cuenta los siguientes aspectos, con relación a la sentencia C-577 de 2011:

(1) Toda pareja de personas del mismo sexo tiene el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. (2) El Congreso de la República debe superar el déficit de protección que afecta a las parejas de personas del mismo sexo, de acuerdo con los principios y valores del orden constitucional vigente. (3) Las diferencias de trato que se establezcan con base en criterios sospechosos como, (i) el sexo; (ii) la orientación sexual; (iii) la identidad de género y (iv) el origen familiar, deben ser excepcionales y razonables; sólo se pueden establecer distinciones de trato para buscar fines imperiosos, cuando sean necesarias para alcanzarlos y que, en cualquier caso, no implique impactos desproporcionados constitucionalmente. (4) Pero no sólo el Congreso; a partir de la sentencia C-577 de 2011, ninguna autoridad administrativa, legislativa o judicial puede tomar una decisión que involucre los derechos y deberes de una familia constituida por una pareja de personas del mismo sexo, mediante un acto jurídico contractual solemne como el matrimonio, que no esté estrictamente justificada. (5) Debido a la evolución jurisprudencial en la materia, el legislador ha de tener especial cuidado al utilizar los precedentes constitucionales que existen en la materia, como parámetro para determinar la constitucionalidad de las normas legales que decida aprobar para desarrollar el derecho constitucional de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. (6) Como lo reconoce la sentencia C-577 de 2011 y se enfatiza en la presente aclaración de voto, la Constitución no prohíbe, excluye o impide el reconocimiento de una institución de carácter

marital para las parejas de personas del mismo sexo. (7) Existen parámetros internacionales en el mismo sentido garantista e incluyente de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia (C-577 de 2011). La diversidad de conceptos de familia, el hecho de que no se trata de un concepto unívoco, es una cuestión que ha sido reconocida internacionalmente. También coincide con los parámetros internacionales consignados en los principios de *Yogyakarta*. Concretamente con el principio vigésimo cuarto, que contempla el derecho a '*formar una familia*'. (8) El 20 de junio de 2013, los notarios y los jueces deberán celebrar los contratos maritales entre parejas de personas del mismo sexo, aplicando las normas legales vigentes, *como si* se tratara de parejas de sexo distinto, hasta tanto el legislador supere el déficit de protección existente. Si el legislador permite que esta situación de interinidad ocurra, deberá tomar las medidas legislativas adecuadas y necesarias para que no existan traumatismos en el ejercicio del derecho constitucional protegido, y se permita hacer un adecuado tránsito del tratamiento de dichas instituciones como si fueran matrimonios regulados por el artículo 113 del Código Civil, a la figura contractual de carácter marital, solemne y formal que finalmente decreta el legislador para el efecto. (9) El Congreso de la República tiene amplios poderes de configuración legislativa que le permiten diseñar y rediseñar en democracia las instituciones maritales de la forma que crea conveniente, especialmente si con tales cambios busca asegurar el principio de igualdad en materia de protección al núcleo básico de la sociedad: la familia. (10) La parte resolutive de la sentencia, tanto en el exhorto al Congreso, como en la declaración especialmente vinculante para los funcionarios encargados de celebrar ceremonias contractuales maritales (jueces y notarios) [para que ante ellos puedan las parejas de personas del mismo sexo, ejercer su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal], usan expresamente el lenguaje de la decisión, en los términos en que se apoya en la presente aclaración: 'parejas del mismo sexo'. (11) La Corte Constitucional no tiene la autoridad para decidir en democracia cuestiones que no son de su resorte, como por ejemplo, aquellas cuestiones de carácter técnico o científico. (12) La Constitución protege la familia real, no ideal, en sus diversas y plurales manifestaciones. (13) La Constitución no prohíbe ni excluye expresamente el matrimonio de parejas de personas del mismo sexo; el bloque de constitucionalidad tampoco excluye el derecho al matrimonio para las parejas de personas del mismo sexo; por el contrario, demanda igualdad y dignidad para toda persona. (14) El sentido y alcance del artículo 42 de la Constitución Política no se puede establecer a partir de una interpretación literal únicamente.

3.3. A partir de junio de 2013 el derecho protegido de las parejas de personas del mismo sexo puede ser ejercido en los términos dichos, ante los jueces y los notarios o mediante la forma que legalmente se haya establecido. No obstante, en caso de que exista una violación o una amenaza particular en algún caso concreto, las personas involucradas podrán recurrir a la acción de tutela para defender su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal ante juez o notario.

Hacer las anteriores precisiones, e invitar al Congreso de la República a tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para asegurar a las parejas de personas del mismo sexo, el goce efectivo del derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, son las razones que nos llevaron a aclarar el voto a la sentencia C-577 de 2011.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
A LA SENTENCIA C-577/11**

SENTENCIA QUE RECONOCE EL DERECHO DE PAREJAS HOMOSEXUALES A CONFORMAR FAMILIA-Decisión no resuelve incertidumbre respecto de la solución al déficit de protección (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA QUE RECONOCE EL DERECHO DE PAREJAS HOMOSEXUALES A CONFORMAR FAMILIA-Decisión ha debido orientar a jueces y notarios sobre qué hacer para resolver el déficit de protección (Salvamento parcial de voto)

DEFICIT DE PROTECCION EN CONTRA DE PAREJAS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO-Procedencia de aplicación analógica del orden legal y constitucional vigente para constituir familia por acto contractual de carácter marital, solemne y formal (Salvamento parcial de voto)

Si bien comparto plenamente con la sentencia C-577 de 2011 que no existe ni siquiera una finalidad válida que justifique al legislador no adoptar las normas que permitan a las parejas de personas del mismo sexo gozar efectivamente de su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, no comparto la solución por la que optó la Sala Plena de la Corte Constitucional, pues considero que el remedio elegido para solucionar el déficit de protección constitucional no es el que mejor ponderaba los diferentes intereses constitucionales en tensión y, sobre todo, porque mantiene el riesgo que se pretendía evitar. La Corte eligió como remedio para superar el déficit de protección de las parejas de personas del mismo sexo, como estrategia principal la de dejar en manos del Congreso de la República la regulación de aspectos en los que la Constitución reconoce reserva democrática, como lo es el caso de la familia; y como estrategia subsidiaria la de facultar a jueces y notarios para llenar temporalmente el vacío de protección, sin mayor guía e indicación. La Corte ha podido optar por una solución que redujera el grado de incertidumbre de los operadores jurídicos llamados a suplir el déficit de protección legal a las parejas de personas del mismo sexo existente (notarios y jueces concretamente), por vía de aplicación analógica del orden legal y constitucional vigente y, a la vez, propiciara en mayor grado que la deliberación parlamentaria efectivamente se llevara a cabo y llegara a término.

EXHORTACION AL CONGRESO POR DEFICIT DE PROTECCION-Procedencia para la regulación de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo a constituir familia como atribución con reserva legal (Salvamento parcial de voto)

JUEZ-Facultad alternativa de reconocimiento de constitución de familia de parejas de personas del mismo sexo requería guía e indicaciones para suplir la omisión del legislador (Salvamento parcial de voto)

NOTARIO-Facultad alternativa de reconocimiento de constitución de familia de parejas de personas del mismo sexo requería guía e indicaciones para suplir la omisión del legislador (Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A CONSTITUIR UNA FAMILIA-Procedencia (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expedientes acumulados D-8367 y D-8376

Demanda de inconstitucionalidad contra del artículo 113, parcial, del Código Civil, el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.

Magistrado Sustanciador:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

*protección incierta*²⁵⁷

Como lo sostuve junto a tres magistrados más en una aclaración de voto, la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 es histórica,²⁵⁸ pues representa un paso firme en la consolidación de la supremacía de la Carta Política de 1991 y es fruto de muchas luchas de grupos y personas en defensa de los derechos de poblaciones marginadas y discriminadas.

1. Tal como lo indica la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional, toda pareja de personas del mismo sexo tiene el derecho a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. Las uniones

²⁵⁷ Poner nombre a una aclaración o a un salvamento de voto es una suerte de homenaje al difunto Magistrado Ciro Angarita Barón, quien acostumbraba a hacerlo. Entre otros, cabe recordar ‘*En defensa de la normalidad que los colombianos hemos decidido construir*’ (a la sentencia C-004 de 1992), ‘*Palabras, palabras ¿flatus vocis?*’ (a la sentencia T-407 de 1992), ‘*Del dicho al hecho*’ (a la sentencia T-418 de 1992), ‘*Palabras inútiles*’ (a la sentencia T-438 de 1992), ‘*Otro escarnio irrefragable*’ (a la sentencia T-462 de 1992), ‘*Justicia constitucional y formalismo procesal*’ (a la sentencia T-614 de 1992).

²⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; AV María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SPV María Victoria Calle Correa).

de parejas de personas del mismo sexo son familia, por tanto, tienen derecho a la plena protección que concede el artículo 42 de la Carta Política a esta institución, núcleo básico de la sociedad. En tal medida, el hecho de que el sistema legal proteja las familias constituidas por parejas de personas de distinto sexo, mediante matrimonios y a través del reconocimiento de las uniones de hecho, y que por otra parte a las parejas de personas del mismo sexo sólo se las proteja legalmente mediante el camino de las uniones de hecho,²⁵⁹ constituye un déficit de protección irrazonable y desproporcionado constitucionalmente. Comparto plenamente con la sentencia C-577 de 2011 que no existe ni siquiera una finalidad válida que justifique al legislador no adoptar las normas que permitan a las parejas de personas del mismo sexo gozar efectivamente de su derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, ‘solemne’ y ‘formal’.

2. Sin embargo, no comparto plenamente la solución por la cual optó la Sala Plena de la Corte Constitucional, pues considero que el remedio elegido para solucionar el déficit de protección constitucional no es el que mejor ponderaba los diferentes intereses constitucionales en tensión y, sobre todo, mantiene el riesgo que se pretendía evitar. La Corte ha podido optar por una solución que redujera el grado de incertidumbre de los operadores jurídicos llamados a suplir el déficit de protección legal a las parejas de personas del mismo sexo existente (notarios y jueces concretamente), por vía de aplicación analógica del orden legal y constitucional vigente y, a la vez, propiciara en mayor grado que la deliberación parlamentaria efectivamente se llevara a cabo y llegara a término.

Para exponer mi discrepancia parcial con relación a la sentencia C-577 de 2011 me referiré a la solución adoptada por la Corte Constitucional y a las razones que la llevaron a hacerlo en primer lugar. Posteriormente expondré la solución alternativa propuesta a la Sala, indicando por qué permitía balancear mejor los valores y principios constitucionales en tensión.

3. El remedio mediante el cual la sentencia C-577 de 2011 eligió superar el déficit existente en materia de protección a las parejas de personas del mismo sexo se definió mediante dos estrategias, una principal y otra subsidiaria.

3.1. La estrategia principal elegida por la Sala Plena en la sentencia es que sea el propio Congreso de la República la institución que se encargue de superar, de forma definitiva, el déficit de protección que tienen las parejas en mención, para constituir una familia mediante un contrato marital, formal y solemne.²⁶⁰ Mediante esta opción, la Corte logra ponderar la tensión que se suscita entre la necesidad de adoptar las órdenes judiciales adecuadas y necesarias para asegurar el goce efectivo del derecho fundamental en cuestión de las parejas de

²⁵⁹ Camino que de hecho ha sido protegido por decisión jurisprudencial, no legislativa.

²⁶⁰ La Sala resolvió, entre otras cosas, exhortar “[...] al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.”

personas del mismo sexo que actualmente enfrenta un déficit de protección, y el respeto a las competencias que la Constitución le confiere al poder legislativo en materia de regulación de la familia.

Es cierto que la Corte Constitucional tiene el deber de reconocer las competencias que tiene el Congreso de la República, órgano de representación democrática por excelencia.²⁶¹ Lejos de irrespetar o desconocer tales facultades, es deber de la Corte asegurarlas. Por tanto, acompaño plenamente la preocupación de la Sala de la Corporación en este sentido. Hay que respetar las competencias del legislador democrático, insisto. En especial, en materia de regulación de aspectos en los que la Constitución reconoce explícitamente una reserva democrática, como lo es el caso de la familia. No obstante, creo que no se valoró el peso relativo que éste principio constitucional tiene en el contexto fáctico en que el déficit de protección legal a las parejas de personas del mismo sexo se da. Sobre este asunto volveré más adelante, cuando exponga mi posición. Por ahora, baste decir que comparto plenamente la importancia que el principio democrático tiene en el presente caso; específicamente, el principio de creación democrática de la ley.

3.2. Ahora bien, consciente la Sala Plena de la Corte Constitucional del riesgo de que la violación a los derechos fundamentales identificada se mantenga, resolvió incluir una orden subsidiaria. Una medida para evitar que el déficit de protección persista si el Congreso de la República no toma las medidas adecuadas y necesarias para superarlo. La segunda estrategia de solución adoptada por la Corte fue la siguiente,

“**QUINTO.-** Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.”²⁶²

La Sala Plena de la Corporación resolvió hacer esta declaración, que tiene efectos *erga omnes*, por las siguientes razones,

“En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013

²⁶¹ En una democracia participativa como lo es Colombia, la relación entre los gobernados y el gobierno no se limita a la representación política, también supone diversos espacios de participación política directa.

²⁶² Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011.

no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión.”

Es decir, la Sala Plena de la Corte Constitucional honra, respeta y protege la reserva democrática que existe en materia de la regulación de la familia, en especial, de su constitución mediante un contrato matrimonial. Sin embargo, tal respeto no puede llegar hasta el punto de dejar de proteger de forma desproporcionada el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, ‘*solemne*’ y ‘*formal*’, que le asiste a toda familia, incluyendo, aquellas conformadas por dos personas del mismo sexo. La forma de evitar este grado de desprotección irrazonable y desproporcionado es la medida subsidiaria que permite, precisamente, que las parejas en cuestión puedan celebrar su contrato matrimonial.

4. Comparto plenamente también esta segunda posición. Sin duda, el respeto al principio democrático no puede llegar al punto de que no se perpetúe el déficit que sufren las parejas de personas del mismo sexo. Era preciso, como lo señaló la Sala Plena, establecer que si el Congreso de la República no actuaba, en todo caso el derecho de las personas no podría seguirse conculcando.

5. No obstante, me aparto de la posición sostenida por la Sala Plena pues considero que la sentencia C-577 de 2011 no consideró una solución que propiciara en mayor medida la deliberación democrática, por una parte, y que asegurara el goce efectivo de las parejas de personas del mismo sexo de manera más adecuada, por otra parte. La Corte Constitucional ha debido advertir al menos un parámetro a los notarios y jueces respecto a cómo proceder en caso de que se mantenga el déficit de protección, después del 20 de junio de 2013. Se ha debido indicar de manera más precisa cuáles eran las reglas a aplicar.

5.1. La principal razón para diferir los efectos de la protección a las parejas del mismo sexo es, como se dijo, proteger la facultad de legislar en democracia con que cuenta el Congreso de la República. En tal medida, flaco favor se hace a la Constitución de 1991 cuando una decisión de tal estilo se deja, temporalmente en las manos de jueces y notarios, sin mayor guía e indicación.

Es entendible que la Sala Plena de la Corte Constitucional haya preferido abstenerse de llenar el déficit de protección, para respetar la reserva democrática consagrada en favor del foro de representación democrática en materia de la regulación del matrimonio. No obstante, no tiene sentido que luego, si el Congreso no actúa, se establezca que son los notarios y los jueces quienes han de llenar, temporalmente, ese vacío. Este camino elegido por la Corte, implica que no es la Sala Plena de la Corte Constitucional la que establece, de manera centralizada y general, el parámetro a seguir, sino cada uno de los jueces y cada

uno de los notarios los que autónomamente y, por mandato de la Corte deberán resolver qué hacer.

En otras palabras, la Corte Constitucional fue celosa de la reserva democrática, a la hora de establecer las consecuencias *erga omnes* de la resolución de la sentencia, pero olvidó la importancia de dicha reserva al entregar a cada uno de los jueces y notarios de la República el deber de suplir la omisión del legislador.

5.2. Ahora bien, la razón de la Sala Plena para optar por una estrategia alternativa en caso de que el Congreso de la República no llenará el déficit existente, era, precisamente, no dejar en el limbo de la incertidumbre el derecho de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un contrato de carácter marital, formal y solemne.

¿Cuál ha de ser la manera como los jueces y los notarios le den cumplimiento al mandato según el cual *‘las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual’*? Al no haber dado indicaciones claras al respecto, los funcionarios en cuestión pueden actuar pensando que tienen un amplio margen de decisión que, es lo que en apariencia, genera la sentencia, con un riesgo para los derechos de las parejas de personas del mismo sexo. A qué tienen derecho y cómo pueden ejercerlo sigue siendo una incertidumbre. El único aporte de certeza y que supera el déficit existente frente a este tipo de parejas, es que la Sala dice cuáles son las autoridades encargadas de celebrar el contrato de tipo marital entre personas del mismo sexo (jueces y notarios) y que tal acto es formal y solemne. De resto la Sala no aporta criterios ni parámetros precisos para superar la incertidumbre que, precisamente, se pretendía dejar atrás, así fuera temporalmente, hasta tanto el Congreso actúe.

El déficit de protección actual es general y afecta a todas las parejas de personas del mismo sexo por igual. Pero si el Congreso no actúa y son los jueces y notarios los que comenzarán a llenar ese vacío, se abre un amplio espacio para violaciones constantes al derecho de igualdad de aquellas parejas que se verán enfrentadas a una suerte de lotería. Deberán ejercer su derecho a constituir una familia con un contrato marital, solemne y formal, sin saber qué reglas les serán aplicadas. La primera y más básica regla para poder tratar igual a todas las personas, cuál es el respeto al principio de legalidad, es dejada de lado. Las personas acudirán a reclamar un derecho sin aparentes parámetros legales al respecto.

6. ¿Qué ha debido entonces hacer la Corte Constitucional? Tal como lo propuse a la Sala, se ha debido orientar a los jueces y notarios respecto a lo que debían hacer, que no es otra cosa que llenar el déficit existente, empleando para ello el orden legal vigente. En aquellas oportunidades en que se verifica la existencia de un déficit de protección legal que implica una violación de la Constitución, le es dado al juez constitucional suplir temporalmente este vacío. Pero para hacerlo sin que ello implique suplantar al Congreso y a la deliberación

democrática que en éste se debe dar, el juez debe buscar aplicar análogamente, hasta donde sea posible, los parámetros legales existentes.

Eso es lo que la Corte Constitucional ha debido decir en su sentencia y es, en cualquier caso, lo que los jueces y notarios respetuosos de las competencias legislativas deberán hacer, a saber: si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha tomado las acciones necesarias para superar el déficit de protección a las parejas de personas del mismo sexo, los jueces y notarios deberán suplirlo aplicando las reglas legales existentes. No pueden, ante dicha ausencia, considerar que están facultados para resolver de manera autónoma y libre qué tipo de contrato o que tipo de formalidades imponer.

7. No aclarar las condiciones de aplicación analógica del régimen matrimonial vigente para las parejas de personas del mismo sexo es una deficiencia de la sentencia. Pero ni siquiera advertir en la parte resolutive de manera clara esa cuestión, abre suspicacias respecto de la posible interpretación de la norma. Lo cual, sin duda, podría generar una situación de incertidumbre para los derechos de estas parejas.

8. Como lo espera la Corte Constitucional en pleno, ojalá que sea el legislador el que en efecto, dentro del plazo fijado, supere el déficit de protección al que se encuentran sometidas las personas que conforman tal tipo de parejas. No obstante, si se tiene en cuenta que buena parte de la línea jurisprudencial en la materia se ha dado, precisamente, porque el Congreso no ha actuado en el pasado, el riesgo de que no lo haga en un futuro próximo, a pesar del plazo dado por la Corporación, existe y es significativo.

Lo dramático de la situación es que el Congreso en varias oportunidades ha debatido proyectos con el propósito de desarrollar tales derechos, pero nunca se ha llegado a buen término. Los primeros proyectos fueron presentados por grupos políticos de oposición, que luchaban por los derechos de tales minorías y no fueron atendidos. Los últimos proyectos presentados tenían el respaldo de todas las bancadas y sin embargo no fueron aprobados tampoco. De hecho, el último proyecto de ley estudiado en tal sentido, fue presentado por la coalición de gobierno. Cuando el Senador ponente lo presentó ante el Congreso,²⁶³ destacó el hecho de que todos los partidos y movimientos en esta oportunidad apoyaban la medida. Pero además, el Senador ponente solicitó el apoyo al Proyecto de ley, por que consideraba que no era adecuado que el Congreso de la República no fuera la institución que, en democracia, resolviera estos asuntos sino la Corte Constitucional, ante el reiterado y profundo silencio del Parlamento. No obstante el hecho de que públicamente todas las bancadas y parlamentarios de manera mayoritaria declararon su apoyo al proyecto, incluso después de archivado, no fue posible aprobarlo en el último debate, por falta de quórum. Incluso, algunos parlamentarios cuando fueron cuestionados por la prensa por el hecho de no haber asistido a la sesión parlamentaria y haber dejado

²⁶³ El ponente en primer debate del proyecto de ley, fue el entonces Senador Álvaro Araujo.

que el proyecto, en la última votación, se hundiera por quórum, explicaron que en cualquier caso, la jurisprudencia constitucional ha tutelado los derechos de aquella población.

Ni siquiera con el apoyo decidido y públicamente declarado de todas las bancadas, con relación a una iniciativa respaldada por la oposición y presentada por la coalición de Gobierno –mayoritaria en el Congreso– fue posible proteger legalmente los derechos de las parejas de personas del mismo sexo. De hecho, la protección dada a estas parejas fundadas en un contrato marital o en la simple unión de hecho, han sido otorgadas por la Corte Constitucional. Es claro entonces, que el riesgo de que la discriminación que implica el déficit de protección se mantenga es un riesgo real.

9. Ojalá que el Congreso actúe, y si no lo hace, ojalá que los acontecimientos den la razón a la mayoría de la Sala Plena de la Corte, al demostrar que no era necesario dar más parámetros y guías de aplicación a los jueces y a los notarios, para que en caso de que el legislador no se pronuncie y no supere el déficit de protección legal, garanticen cabalmente el goce efectivo de las parejas de personas del mismo sexo a constituir una familia mediante un contrato marital, formal y solemne.

En todo caso, si las parejas de personas del mismo sexo se enfrentan a decisiones concretas y específicas de notarios y jueces que no sigan la orden de la Corte Constitucional de forma razonable y a la luz de los principios protectores de igualdad y dignidad de la Carta Fundamental, queda la posibilidad de recurrir al juez de tutela y hacer valer sus derechos.

10. En conclusión, comparto la orden impartida por la Corte Constitucional en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia, pero sólo parcialmente. Mi salvamento parcial de voto no se da por que no comparto algo de lo dicho allí sino, por el contrario, por lo que se dejó de decir.

Hacer las anteriores precisiones, e invitar (i) al Congreso de la República a tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para asegurar a las parejas de personas del mismo sexo, el goce efectivo del derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, e (ii) invitar a jueces y notarios a que lo hagan, aplicando la legislación análoga vigente para ese momento, en caso de mantenerse el déficit de protección son pues, las razones que me llevaron a salvar el voto parcialmente a la sentencia C-577 de 2011.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

