

UNIONES HOMOSEXUALES EN COLOMBIA COMO EXPRESIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

María Alejandra Benítez Hurtado¹

INTRODUCCIÓN

La conformación de parejas homosexuales es un tema que despierta polémica en todos los sectores de la sociedad colombiana, especialmente entre los juristas, la Iglesia Católica y la ciudadanía.

Este fenómeno social no ha sido totalmente abarcado por las normas positivas del Derecho, debido a la ceguera inducida de los legisladores, producto de la intromisión religiosa en el Estado. Tal situación ha provocado descontento entre quienes apoyan intensamente este tipo de uniones y reclaman que, igual que en otros países, sean legalmente aceptadas como un derecho.

Para el caso colombiano un avance muy significativo en este sentido fue el pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante sentencia C-577 de 2011. En ésta, por medio de la figura de la Modulación de Vigencia Postergada, la Corte exhortaba al Congreso de la República a que “antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y or-

ganizada, 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” (Sentencia C-577 de 2011). En ese momento advertía también que “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” (Sentencia C-577 de 2011).

En el presente trabajo se hace un recorrido por la jurisprudencia constitucional que ha reconocido derechos a las parejas del mismo sexo, abordando la interpretación filosófica y doctrinaria del artículo 42 Superior que sustenta dichos pronunciamientos.

NATURALEZA DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES Y SU INTERPRETACIÓN

Al redactar la Carta Política, la Constituyente de 1991 usó la misma técnica de la Consti-

¹ Estudiante de noveno semestre de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Cartagena. Integrante del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. E-mail: alejandra.benitez94@hotmail.com.



tución alemana de 1949, que ha sido seguida por el resto de constituciones expedidas después de la Segunda Guerra Mundial. Se conoce como la técnica de los textos de estructura semántica abierta o, en la terminología de Ronald Dworkin, los *textos abstractos* (2006, p. 153). Dichos textos son de carácter enunciativo y se evidencia en los dos primeros títulos de la Constitución, que contienen su parte dogmática o ideológica.

De lo anterior se desprenden las siguientes consideraciones: en virtud de esta estructura, se debe desechar la interpretación exegética (estos textos carecen de supuestos fácticos y jurídicos; ante un caso concreto es el juez quien debe dotarlos de supuestos). Así, la Corte Constitucional, en un ejercicio más moral que racional, a través de su jurisprudencia les fija un significado a los mismos en nombre de la fidelidad a la Constitución, que no es más que el reconocimiento de su supremacía e intangibilidad.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO MARCO NECESARIO PARA SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Reza el artículo 42 Superior:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por

vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

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.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

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.



Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio, arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictados por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (“Constitución Política de Colombia”, 1991).

El concepto de Familia que comprende el artículo 42 de la Constitución Política no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer: el término “o” sugiere que también se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. En el constitucionalismo actual, a la hora de abordar estos conceptos de hombre y mujer, se recurre a la *Teoría Queer* desde la perspectiva de Michel Foucault, la cual ataca la idea de que identidades sexuales tales como la homosexualidad, la heterosexualidad o la bisexualidad tengan cualquier existencia objetiva; por el contrario, son consideradas como construcciones sociales (Zanotti, 2010, p. 184).

Hoy día hay una completa separación de los conceptos de “hombre” y “mujer” considera-

dos desde la genitalidad, que es como históricamente se venían tratando. Los conceptos de hombre y mujer se miran desde la libertad para escoger cualquier opción erótica que desee cada persona en el ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad: aunque el varón tenga genitalidad de varón, perfectamente puede optar por modelos eróticos que tradicionalmente no se vinculen al varón, lo mismo que la mujer; en estos casos, los genitales no delimitan.

En el marco de la familia, en el contexto de las nuevas formas de pensamiento, se ha dado un avance importante en la disminución de ese carácter mítico de la familia hegemónica y se le da paso a las familias monoparentales, permeado en ellas el concepto de igualdad. Acompaña a este argumento el desplazamiento de los anacrónicos roles consistentes en que el padre era quien trabajaba para costear los gastos económicos del hogar, y la mujer se encargaba de la crianza de los hijos, pendiente siempre al desarrollo emocional y físico de los mismos. Se observa que gracias al ingreso de la mujer en el mercado laboral, estos roles se han desprendido de la genitalidad o corporeidad mujer y hombre, y es normal ver en muchas sociedades –y Colombia no escapa a esa realidad, aunque por el sentimiento machista que siempre la ha caracterizado impide tal reconocimiento– que los hombres se inmiscuyen en la crianza de los hijos, siendo más afectuoso con ellos, y



las mujeres trabajan en cualquier área.

Por otra parte, atendiendo a la filosofía liberal que irradia toda la Carta Política del 91, el concepto de *dignidad humana*, elaborado fundamentalmente por Immanuel Kant, alude a aquello propio del ser humano que lo hace ser tal, esto es, que lo convierte en sujeto moral. En este sentido, tal dignidad no tiene precio, es decir, de ella no puede predicarse valor de cambio por cuanto es invaluable, inajenable, irrenunciable y permite caracterizarnos como seres humanos con derechos. De otra parte, el reconocimiento de la dignidad humana tiene que ser total y completo, por cuanto no se puede ser “medio digno”. En este orden de ideas, si a los homosexuales se les reconoce dignidad humana, si son tan dignos como los heterosexuales, necesariamente hay que reconocerles todos los derechos. El correlato necesario para la dignidad humana es el reconocimiento de todos los derechos, siguiendo la clásica fundamentación de los derechos humanos en la tradición liberal kantiana que llega hasta nuestros tiempos.

La discriminación de las parejas del mismo sexo va contra la forma del Estado colombiano, que se basa naturalmente en múltiples principios, entre estos el del pluralismo y el respeto por los proyectos de vida trazados por las demás personas.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

T-499 de 2003

Esta sentencia constituye un pronunciamiento importante ya que las accionantes se convierten en las primeras lesbianas en Colombia en tutelar su derecho a la visita conyugal; este fue el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional con efectos *erga omnes*:

Al parecer de la Sala los accionados no discuten la libre opción sexual de las accionantes –como quedó dicho–, pero las reiteradas e injustificadas negativas de la Directora del Reclusorio de Manizales y su refrendación por parte del Director Regional del INPEC, quebrantan los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de las señoras Álvarez Giraldo y Silva García.

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



tizar el ejercicio de la sexualidad en condiciones de libertad, intimidad e igualdad de las tutelantes.

...las personas privadas de la libertad pueden reclamar oportunidades para afianzar en la intimidad sus relaciones de pareja, y que las autoridades carcelarias no pueden entorpecer sus propósitos, en razón de que la dignidad humana de los reclusos...

T-301 de 2004

...resulta inconstitucionalmente discriminatorio que las personas homosexuales sean arrestadas con ocasión de comportamientos que son respetados y garantizados a los heterosexuales...

Por ello "...en el caso de la referencia es necesario aplicar un test estricto de proporcionalidad por cuanto el fundamento del trato discriminatorio es un criterio sospechoso –condición sexual-, y el fin perseguido con la actuación administrativa es la salvaguarda de la moral pública. De la aplicación de esta evaluación surge fácilmente que las preferencias homosexuales de ciertos ciudadanos hacen parte de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación, tan sólo excepcionalmente restringible por parte del Estado"

Así "...es evidente que las disposiciones tomadas por la policía del Magda-

lena son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello.

T-725 de 2004

En el presente caso, no se trata de negar a una persona el derecho de residencia en el Archipiélago en razón de su condición homosexual, lo que sería claramente discriminatorio y contrario al ordenamiento constitucional, sino de puntualizar que, para adquirir ese derecho, la persona homosexual no puede pretender ampararse, en razón de su condición como tal, en las previsiones legales que brindan especial protección a la familia, sino que debe acudir a las disposiciones de la ley que, de manera general, abren para cualquier persona, cumplidos los requisitos allí previstos, la posibilidad de acceder al derecho de residenciarse en la isla, en igualdad de condiciones.

Tal como se ha señalado, la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, y, por consiguiente, 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 cons-



titucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales.

Como puede derivarse de este primer grupo de sentencias, la igualdad de los homosexuales respecto de los heterosexuales se da a través de la sentencia de tutela y no de constitucionalidad, es decir, el reconocimiento de un derecho se presenta de forma específica para casos determinados y en ciertas condiciones fijadas.

T- 349 de 2006

La providencia estudia la pensión de sobrevivientes, su regulación en la Ley 100 de 1993 y el orden de prelación para su reconocimiento y pago. Frente al reconocimiento, cuando quien reclama es compañero o compañera permanente homosexual del fallecido, señala que la ley es clara en cuanto a las personas con derecho a reclamar la pensión de sobrevivientes y cómo ha de distribuirse entre los distintos beneficiarios. Se remite a la sentencia SU- 623 de 2001, en la que se refirió a la cobertura del sistema de seguridad social en salud, expresando que la idea de una cobertura familiar presupone que la expresión “compañero o compañera permanente” remite a una relación heterosexual, puesto que de acuerdo con la definición que la misma Constitución trae del concepto de

familia, en su artículo 42, ésta 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.

Señala la Corte que

en ese régimen no están incluidas las parejas homosexuales, no en razón de la orientación sexual de sus integrantes, sino porque el criterio definitorio adoptado por el legislador como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes fue el núcleo familiar, lo cual desarrolla el expreso mandato constitucional que prevé una protección integral a la familia, y se inscribe dentro de la concepción constitucional de familia, esto es la que se forma por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla.

Por su parte, el Magistrado Jaime Córdoba Triviño salvó su voto en la sentencia aduciendo lo siguiente:

No es cierto que el sistema de seguridad pensional se encuentre exclusivamente dirigido a la protección de la familia entendida como la unión libre de un hombre y una mujer. De hecho



la seguridad social ha venido en forma cada vez más clara abandonando el concepto de familia para extenderse al de grupos familiares. Grupos familiares que pueden integrarse de formas variadas, más ajustadas a una realidad sociológica colombiana en donde muchos hogares se componen de una madre soltera con sus hijos, o de la abuela con algunos hijos y sus nietos, o el de una hermana con su hermana, por mencionar sólo algunas dentro de las infinitas combinaciones posibles. Lo que resulte relevante es que el concepto de familia es, en todo caso, una forma de unión de las personas que no refleja lo que el concepto de grupos familiares sí consigue mostrar, una realidad de fuertes lazo de solidaridad mediados por la convivencia, ayuda y socorro y que se gesten por consanguinidad, por afinidad, por afiliación o por mero accidente de la vida.

C-075 de 2007

Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la Ley 54 de

1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

Independientemente de la motivación original de la ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de las hipótesis de desamparo que en materia patrimonial puedan surgir cuando termine la cohabitación. En esa perspectiva, se reitera, mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.



C-811 de 2007

... la exclusión de la pareja del mismo sexo del sistema de salud tampoco es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la indefectible desprotección del núcleo familiar. La Sala considera que la detección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no necesariamente implica la reducción de beneficios a la célula familiar, ni la disminución de los niveles de atención a los miembros de la pareja heterosexual, por lo que no existe justificación alguna para señalar que una medida como la que ahora se impone involucre afectación de la protección que la Constitución ofrece en esta materia.

... al reconocimiento de ciertos derechos a las parejas del mismo sexo, cuyo ejercicio involucra el ejercicio de su libertad y de su dignidad personal, impone considerar que, frente a un déficit de protección en salud que se considera ilegítimo, por desproteger una opción de vida amparada por la Corte, es obligación del Estado el diseño de los mecanismos que amplíen la cobertura del sistema y eliminen tales deficiencias

... desde la perspectiva de la protec-

ción de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud 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 una pareja.

C-336 de 2008

La aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aun cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de



la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual.

Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

La sentencia C-336 de 2008 constituye una sentencia hito, al ampliarse el margen de los derechos que se reconocen a las parejas homosexuales en relación con la cobertura en seguridad social, en pensión de sobrevivientes.

El problema jurídico de la sentencia se basa

en determinar

si el conjunto normativo parcialmente acusado, de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es inexecutable por cuanto limita a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas con personas del mismo sexo.

Del problema jurídico se desprende que el análisis de la corte necesariamente debe realizarse tomándose como base el artículo 13, por lo que se vislumbra una situación de discriminación, en el trato diferenciado que se da al cónyuge y al compañero permanente heterosexuales, y a las parejas homosexuales. Para construir la premisa mayor la Corte hace hincapié en la *obiter dicta* sobre los ejes del estado social de derecho, la dignidad humana, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a lo relacionado con el precedente constitucional, la sentencia aplica el precedente sentado en la sentencia C-075 de 2007, pero además fija un alcance relacionado con la ampliación del acceso a la seguridad social, en ese sentido la corte llega a la siguiente conclusión:

Al ponderar los derechos de las parejas



en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente válidas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes.

Por lo anterior, declara la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas en el entendido de que cobijan a las parejas del mismo sexo.

T-1241 de 2008

Se trata de una acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que ordena el ajuste a los procedimientos internos conforme a la sentencia C-336 de 2008 permitiendo el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente de las parejas homosexuales que cumplan los requisitos exigidos. En esta providencia la corporación hizo algunas consideraciones sobre la forma como la convivencia debe acreditarse.

La Corte señala en sala de revisión que para estos efectos debe demostrarse la convivencia y se remite a las pautas para acreditar la relación, la cual debe partir de la aplicación

del principio de la buena fe.

...la condición de compañero(a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando su voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman una pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y el resto del ordenamiento jurídico.

Con esta sentencia, la Corte Constitucional reconoció a las parejas del mismo sexo el derecho a la pensión de sobrevivientes que le corresponde a una persona, después del fallecimiento de su compañera o compañero permanente, del mismo sexo, de acuerdo con los términos que establece la ley en estos casos.

C-798 de 2008

...no cabe ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la



Ley 979 de 2005. Así, la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1° del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. La obligación alimentaria hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho y por lo tanto debe ser regulado de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales y heterosexuales. Como lo ha señalado la Corte, 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.

C-029 de 2009

Las previsiones legales atienden a la necesidad de proteger un patrimonio o la vivienda de quienes han decidido realizar un proyecto de vida en común en calidad de pareja, sin que la Corte aprecie que exista una razón para justificar, en este aspecto, una diferencia de trato entre las parejas

heterosexuales y las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen patrimonial de la unión marital de hecho, en los términos de la Ley 54 de 1990.

En relación con las parejas del mismo sexo, que hayan optado por realizar un proyecto de vida común y que, por consiguiente, se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990, se encuentran presentes los mismos elementos que de acuerdo con la jurisprudencia son el presupuesto para predicar la existencia de una obligación alimentaria entre los integrantes de la pareja heterosexual, esto es, en primer lugar, la existencia de una especial vinculación, con vocación de permanencia, que da lugar a lazos de afecto, solidaridad y respeto; en segundo lugar, la posibilidad de que, en un momento dado, alguno de los integrantes de la pareja se encuentre necesitado de alimentos, circunstancia que haría imperativo que, en tercer lugar, dichos alimentos se presten por el integrante de la pareja que esté en capacidad de hacerlo.

En este segundo entendimiento, la situación de los compañeros permanentes de nacional colombiano en una pareja heterosexual -supuesto que está expresamente previsto en la norma- resulta asimilable a la de



quienes conforman, con la misma vocación de permanencia, una pareja homosexual con un nacional colombiano, situación a la que el tenor literal de la norma no alude.

Admitida la circunstancia de que, en el ámbito de la disposición demandada, la situación de las parejas homosexuales resulta asimilable a la de las parejas heterosexuales, encuentra la Corte que no existe razón alguna que explique la diferencia de trato y, que, por el contrario, la misma, en cuanto que solo tendría explicación en la diferencia en la orientación sexual, resulta constitucionalmente proscrita. Esa ausencia de razones se explica en este caso, como, en general, ocurre en las demás disposiciones que han sido acusadas en la presente demanda, en el hecho de que, para el momento de expedición de la norma, las parejas homosexuales no constituían una realidad visible, que se mostrase como requerida de protección jurídica y que hubiese recibido reconocimiento por el ordenamiento.

...la situación de las parejas homosexuales es asimilable a la de las parejas heterosexuales y no existe razón alguna que explique la diferencia de trato entre unas y otras. Esto es, de las disposiciones acusadas no se desprende ninguna razón que justifique o

explique la razón por la cual, al paso que el integrante de una pareja heterosexual pueda obtener el derecho de residencia para su compañero o compañera, no ocurra lo propio cuando se trate de una pareja homosexual.

No existe un fundamento razonable y objetivo que explique la exclusión de los integrantes de las parejas del mismo sexo de la condición de beneficiarios en el régimen de seguridad social en pensiones y en salud. En el régimen especial de la fuerza pública al que pertenecen las disposiciones demandadas tampoco se aprecia una tal explicación o justificación, razón por la cual la diferencia de trato que se deriva de las mismas resulta contraria al principio de igualdad.

Esta sentencia es hito porque hace una notable ampliación de los derechos que se le reconocen a las parejas del mismo sexo, pese a que en términos generales puede considerarse argumentativamente como una aplicación mecánica del precedente fijado en sentencias anteriores.

T-051 de 2010

Para el asunto bajo examen estas previsiones contenidas en el artículo 13 superior cumplen un papel de especial importancia. De un lado, exigen tener



claridad sobre la posible existencia de grupos discriminados –en el caso que ocupa la atención de la Sala, las personas homosexuales quienes ante una interpretación restrictiva de lo consignado en la sentencia C-336 de 2008 se verán imposibilitadas de acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente pues, como antes se dijo, la exigencia que en materia de afiliación a salud es razonable y justificada, en materia de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente se torna desproporcionada e injustificada e implica admitir un trato discriminado pues al compañero o a la compañera permanente heterosexual no se le exige dicha prueba.

Esta sentencia muestra y reconoce la penumbra interpretativa en la que se ha movido la jurisprudencia constitucional frente al tema del reconocimiento de los derechos de los homosexuales. En ese sentido fija el alcance de lo dicho en la sentencia C-336 de 2008, que es contradictoria en lo relacionado con los efectos en el tiempo de ésta y las remisiones impropias que realiza, las cuales tornan imposible la prueba para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Para subsanar el error cometido en dicha sentencia, establece que someterse al tenor literal de lo dicho es restrictivo y lesiona el derecho a la pensión de sobrevivientes por tornarse imposible

su prueba. Así, manifiesta que la interpretación de conformidad con la cual la sentencia C-336 de 2008 exige como requisito *sine qua non* para que las personas del mismo sexo accedan al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el que los integrantes de la pareja hayan acudido simultáneamente ante Notario para probar la condición de compañero o compañera permanente, carece de sustento jurídico alguno y apoyarse en tal interpretación desencadena un trato discriminatorio injustificado que conlleva al desconocimiento de pruebas pertinentes y conducentes, como lo es, a todas luces, la declaración extraprocésal de terceras personas ante notario.

En cuanto a los efectos en el tiempo, modula lo dicho en la C-336 de 2008 y dice que ésta tiene efectos *ex tunc* (hacia pasado) en cuanto que cobija a supuestos fácticos que tuvieron ocurrencia antes de la existencia de dicha sentencia.

El precedente no es estático por lo cual la jurisprudencia puede hacer cambios. En principio, consiste en *aceptar abiertamente que la nueva sentencia es inconsistente con la línea y que por tanto implica una variación de jurisprudencia*; según esto solo es posible hacerla bajo las siguientes circunstancias: el



cambio jurisprudencial solo puede ser efectuado por la propia corporación que formuló la doctrina a revisar y solo cuando el tribunal aporte razones de peso con tal fuerza que primen sobre los criterios que sirvieron a la decisión pasada y sobre la misma seguridad jurídica. Esto fue lo que ocurrió con la C-075, que hizo el cambio de precedente.

C-283 de 2011

... si el fin de la denominada “porción conyugal” es garantizar al cónyuge supérstite gozar de parte del patrimonio de la persona con la que convivió con vocación de permanencia, a quien apoyó y a quien cuidó, si el patrimonio con que cuenta después de disuelta la sociedad conyugal resulta menor al que le correspondería por “porción conyugal”, como una forma de compensar y equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común, no existe una razón válida para sostener que esa protección patrimonial no pueda ser reconocida también al compañero o compañera permanente supérstite, quien sin haber solemnizado su relación mediante el contrato matrimonial, actuó con la convicción y en la libertad de compartir un proyecto de vida, con solidaridad y prodigando cuidados y apoyos que no tienen en la relación marital su razón de ser.

En otros términos, esta figura no tiene su fundamento en el contrato de matrimonio sino en la necesidad de proteger al miembro de la relación que después de una convivencia fundada en el apoyo y las renunciaciones mutuas, queda con un patrimonio inferior al de aquel que falleció y que le permite optar por participar en él.

Para hacer posible que la discusión a la que se ha hecho referencia se dé efectivamente, se exhortará al Congreso de la República para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo.

C-577 de 2011

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 permisividad 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.

Después del vencimiento del término que

colocó la Corte Constitucional al Congreso de la República para que legislara sobre el tema, el juzgado 48 Civil de Bogotá celebró el primer matrimonio gay en nuestro país. Argumentaba que, en uso de la libre interpretación de esta sentencia, la cual permitió que, a partir del 20 de junio de 2013, las parejas homosexuales integren una familia, decidió denominar “matrimonio” a esa unión. Sin embargo, debido a una tutela interpuesta por la Procuraduría General de la Nación en contra de esta decisión, el juez 39 del mismo circuito anuló este matrimonio. Situación similar ocurrió con el matrimonio entre dos mujeres en la misma ciudad.

Los movimientos LGBTI y algunos políticos defensores de estos derechos se mostraron inconformes con la campaña de obstrucción de la Procuraduría y con la estrategia utilizada por los militantes de la derecha, quienes, violando la autonomía e independencia judicial, denunciaban a funcionarios y magistrados que reconocen y garantizan los derechos de esta comunidad.

Para el caso del primer matrimonio gay, el Tribunal Superior de Bogotá dejó en firme este matrimonio y el fundamento fue la improcedencia de la tutela en estos casos. Interpretación distinta tienen actualmente los notarios, los cuales aseveran que lo único que pueden hacer es una unión solemne, para evitar caer en una “interpretación resbaladiza”, porque resolver esa unión como “matrimonio” es inconstitucional.



Vale aclarar que, al cumplirse dicho período sin que el legislativo se pronunciara, los notarios y jueces civiles quedaron en libertad para interpretar la orden de la Corte Constitucional.

Es en esta balanza de ambivalencias de sueños y dogmas donde actualmente la Corte Constitucional carga el duro peso de decidir sobre derechos como el de las parejas del mismo sexo, siguiendo la filosofía liberal de nuestra actual Carta Política: **establecer una igualdad material entre los ciudadanos garantizando el goce pleno e igualitario de los derechos fundamentales**; mandato constitucional que no ha sido aceptado ni asimilado por algunos sectores de nuestra sociedad, y desafortunadamente no ha llegado a materializarse por completo.

Por ello, es menester intensificar el estudio de este tema desde lo jurídico en las universidades de nuestro país y abordarlo con la ciudadanía, esgrimiendo que todo homosexual es un ser moral y con los mismos derechos que cualquier heterosexual; de lo contrario, en virtud de la existencia de ciertos grupos impenetrables e incognoscibles que promulgan la no aceptación de la homosexualidad, estaríamos condenados a la espera de un relevo generacional con alta dosis de pluralismo.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-499 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-301 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-725 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-075 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-811 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2008. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1241 de 2008. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.



COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 798 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-051 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-283 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA ANOTADA. Editorial LEYER, 2012.

DWORKIN, Ronald, Justicia con toga. Traducido. Cambridge, Harvard University Press,

2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas. Primera Edición, Segunda Reimpresión 1991.

KANT, IMMANUEL, *Crítica de la Razón Práctica*. Disponible en <http://www.panzertruppen.org/2012/politica/019.pdf>

MERCADO PÉREZ, David. *Derecho Constitucional I 2012-1*. Modulación en el Derecho Constitucional Colombiano y Derecho de Familia.

REVISTA SEMANA. Entrevista de María Isabel Rueda a Rodrigo Uprimny sobre la sentencia C-577 de 2012. *Rodrigo Uprimny en diálogo con María Isabel Rueda dice que el fallo ha sido un gran paso adelante.*

ZANOTTI, Paolo, Gay. *La identidad homosexual de Platón a Marlene Dietrich*. Fondo de Cultura Económica. 2010.