

Bogotá, 14 de agosto de 2006

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Rodrigo Escobar Gil
E. S. D.**

Ref: Intervención ciudadana en el proceso No. D-362.

Actores: Marcela Sánchez, Luz María Mercado, Alejandra Azuero
y Daniel Bonilla.

Normas demandadas: artículo 1 de la ley 54 de 1990 y artículo 2 de la ley 54 de 1990 modificado por la ley 979 de 2005.

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén y María Paula Saffon Sanín, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.862.641 de Bogotá, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia y obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 (C.P.) y en el artículo 7º del decreto 2067 de 1991, respetuosamente nos permitimos intervenir en el proceso de constitucionalidad de la referencia con el propósito de coadyuvar la demanda. Por consiguiente, solicitamos a ustedes que, en aplicación de la Constitución Política y de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano a los que hace referencia el artículo 93 de esta Carta, declaren INEXEQUIBLES la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, este último modificado por la ley 979 de 2005, o que, subsidiariamente, los declaren EXEQUIBLES CONDICIONADAMENTE, en el entendido de que la unión marital de hecho a la que se refieren no incluye únicamente uniones entre un hombre y una mujer, sino también entre personas del mismo sexo, esto es, entre dos mujeres y entre dos hombres.

Para fundamentar nuestra solicitud, (I) comenzaremos por señalar que la Corte debe pronunciarse de fondo frente a la demanda de la referencia, pues en este caso no sólo hay una cosa juzgada relativa implícita sino que, al configurarse una omisión legislativa relativa, la cosa juzgada formal absoluta no opera frente a las normas demandadas. (II) Luego expondremos las razones por las cuales consideramos que el texto de dichas normas vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Mostraremos que esta vulneración conlleva a la necesidad de que la Corte cambie su precedente constitucional en la materia, de un lado precisando aquél contenido en la sentencia C-098 de 1996, de tal forma que

admira que las parejas homosexuales pueden acceder a los beneficios concedidos a las uniones maritales de hecho en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales, y de otro lado rectificando aquél contenido, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006, de tal forma que admira la posibilidad de que los homosexuales accedan, en igualdad de condiciones, a todos los beneficios de los que son acreedoras las parejas heterosexuales y las familias originadas en ellas. (III) Sin embargo, en el evento de que la Corte Constitucional considere que esta última rectificación no es procedente, solicitamos en todo caso que declare la inexecutable de la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o subsidiariamente la exequibilidad condicionada de estas normas, de forma tal que se considere que incluyen en la unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo, con la consideración de que, en virtud del precedente constitucional actual, es posible distinguir el concepto de pareja contenido en dichas normas del concepto de familia que, según la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional, sólo se refiere a aquéllas originadas en la unión de un hombre y una mujer. A continuación desarrollaremos en detalle estos argumentos.

I. Necesidad de un pronunciamiento de fondo

A pesar de que la Corte Constitucional ya se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 en la sentencia C-098 de 1996, es posible y necesario un nuevo pronunciamiento de fondo sobre la materia, teniendo en cuenta que dicha sentencia no cerró de manera definitiva la discusión sobre la constitucionalidad de tales normas.

Como bien lo afirman los demandantes, en la sentencia C-098 de 1996, la Corte Constitucional dejó “una puerta abierta al reexamen” de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, pues explicitó en la parte motiva de la sentencia que la declaratoria de constitucionalidad obedecía a que no había constatado que las mismas consagraran “un privilegio ilegítimo u odioso”, ni que afectaran injustamente “a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos”.

En efecto, en esa sentencia, la razón fundamental por la cual la Corte Constitucional declaró que los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 eran ajustados a la Constitución fue que al legislador le quedaba imposible remediar en una única ley todas las injusticias existentes en la sociedad. Las disposiciones demandadas remediaban la discriminación a la que durante muchos años se vieron sometidas las parejas heterosexuales que no se encontraban unidas por lazos de matrimonio y que, por consiguiente, no recibían protección de parte del Estado a través de un régimen patrimonial de bienes comunes. En concepto de la Corte, si bien esas disposiciones no incluían a las parejas de un mismo sexo, ello no significaba que fueran inconstitucionales por el hecho de “atacar una sola injusticia a la vez”. Por ello, la Corte concluyó:

“(S)in pretender santificar o perpetuar las injusticias existentes, no parece razonable que se supedite la solución de los problemas que enfrenta una clase o grupo de personas, a que simultáneamente se resuelvan los de otros grupos o se extienda de manera automática la misma medida a aquellas personas que si bien no están cobijadas por la norma legal soportan una injusticia de un género más o menos afín. Si así debiera forzosamente proceder el Legislador, las soluciones serían más costosas y políticamente más discutibles, y en últimas sufrirían más todos los desvalidos y grupos débiles que verían alejadas las posibilidades reales de progreso y reivindicación de sus derechos.

Sería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexecutable de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos”.

De lo anterior los demandantes del proceso de referencia concluyen que la puerta abierta al reexamen de la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 consiste en la existencia de cosa juzgada relativa implícita, por cuanto la Corte restringió el alcance de la sentencia en su parte motiva, dejando abierta la posibilidad de que, en caso de probarse la lesión o el impacto negativo de las normas a los homosexuales, éstas sean revisadas de nuevo. Como lo prueban con gran esmero los demandantes, el impacto negativo del tratamiento diferencial de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales que conviven en unión marital de hecho se hace evidente no sólo en la imposibilidad que tienen aquéllas de acceder al régimen patrimonial especial diseñado para este tipo de uniones en la ley 54 de 1990, sino en las inmensas limitaciones que se derivan del hecho de que la definición de unión marital de hecho contenida en esa ley se utilice como referente normativo en diversos regímenes jurídicos como el de seguridad social, el civil, e incluso el penal. Esto los conduce a concluir que, a diferencia de lo que sucedió en 1996, en el momento presente sí resulta posible probar la existencia de una afectación injusta a la comunidad homosexual por la aplicación restrictiva de la ley 54 de 1990 a las parejas heterosexuales, lo que permite que los artículos 1 y 2 de esta ley sean reexaminados, dado que esta situación quedó excluida del alcance de la sentencia C-098 de 1996. A esto añaden los demandantes que, en dicha sentencia, la Corte sólo analizó los cargos elevados contra dichas normas por los entonces demandantes y no realizó un análisis integral de la concordancia de las mismas con todas las disposiciones constitucionales, lo que también permite el reexamen de las normas por concepto de la vulneración de otros preceptos constitucionales, a saber, el preámbulo y los artículos 1 y 38 de la Constitución.

Estamos plenamente de acuerdo con los demandantes en que en este caso se cumplen los requisitos señalados por la Corte Constitucional para que opere la

cosa juzgada relativa implícita¹, pues además de que el análisis de la Corte en la sentencia C-098 de 1996 sólo se refirió a algunas disposiciones constitucionales para determinar la concordancia de las normas demandadas con la Constitución, la parte motiva de dicha sentencia limitó el alcance de la decisión a aquellos eventos en los que no se probara la existencia de un privilegio ilegítimo o de una afectación injusta. La existencia de cosa juzgada relativa implícita en el presente caso comporta, como lo formulan los accionantes en su demanda, a la necesidad de que la Corte examine de nuevo la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990.

Sin embargo, creemos que la puerta abierta al reexamen de las normas demandadas es aún más amplia, pues no existe respecto de ellas siquiera cosa juzgada formal. Los perjuicios sufridos injustamente por las parejas homosexuales como consecuencia de la aplicación de la ley 54 de 1990 a los que hacen referencia los demandantes no fueron remediados por la ley 979 de 2005, lo que da lugar a la configuración de una omisión legislativa relativa.

Con la ley 979 de 2005, que modificó, entre otros, el artículo 2 de la ley 54 de 1990, el legislador facilitó la prueba de la unión marital de hecho, al admitir que la misma puede realizarse no sólo en proceso judicial, sino también mediante escritura pública ante notario o mediante manifestación expresa en un centro de conciliación. Con ello, la Corte no sólo disminuyó la brecha existente entre el tratamiento estatal dado a las parejas unidas por matrimonio y aquéllas que no lo están, sino que amplió la brecha generada por el tratamiento desigual dado por el Estado a estas últimas parejas cuando son heterosexuales y cuando son homosexuales. En efecto, pasados más de quince años de la vigencia de la ley 54 de 1990 y diez de la sentencia C-098 de 1996, y teniendo la oportunidad ideal para resolver la injusticia generada por el trato desigual a parejas heterosexuales y homosexuales sin vínculo de matrimonio, con la ley 979 de 2005 el legislador aumentó la protección estatal conferida a las parejas heterosexuales y, a un mismo tiempo, aumentó los perjuicios generados por dicha protección especial y excluyente a las parejas homosexuales. Así, mientras que aquéllas se ven protegidas por la presunción de la unión marital de hecho prevista en el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y, a partir de 2005, pueden probarla no sólo judicial sino también extrajudicialmente mediante un procedimiento sumario, las parejas homosexuales no tienen derecho a probar, de manera alguna, que conforman una unión marital de hecho susceptible de generar los efectos patrimoniales de comunidad de bienes previstos en la ley 54 de 1990, y de servir de referente normativo para diversos regímenes jurídicos.

Sin lugar a dudas, respecto de la ley 979 de 2005 puede predicarse entonces una omisión legislativa relativa. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional en diversas ocasiones, la omisión legislativa tiene lugar

¹ Corte Constitucional, Auto A-031B de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil (citado por los demandantes).

“cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente. Esta omisión puede ocurrir de varias maneras: a) cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa y tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial, exigido por la Constitución.

“En la primera hipótesis, corresponde a una omisión legislativa absoluta, pues no existe precepto alguno; en los demás casos, a una omisión legislativa relativa, porque si bien el legislador ha expedido la ley que desarrolla un deber constitucional, en ella solamente ha regulado algunas situaciones dejando por fuera otros supuestos similares, con clara violación del principio de igualdad.” (subraya fuera del texto)²

Según la Corte, la declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión legislativa sólo procede en los casos en los que la misma es relativa y, como tal, se refiere a un precepto jurídico concreto que resulta incompleto y, por ende, discriminatorio.³ Tal es el caso del artículo 1 de la ley 979 de 2005, que reformó el artículo 2 de la ley 54 de 1990 y que fue demandado por los accionantes en el presente proceso de constitucionalidad. Como se dijo anteriormente, dicho artículo facilitó la prueba de la unión marital de hecho y, al hacerlo, desarrolló varios preceptos constitucionales, pues garantizó una mayor protección para las parejas que deciden unirse por vínculos distintos del matrimonio. Sin embargo, esta protección especial se refiere únicamente a las parejas heterosexuales, y así, excluye a un grupo de ciudadanos constituido por las parejas homosexuales de los beneficios que implica, lo que vulnera de manera flagrante el principio de igualdad.

Como lo afirmó la Corte en la sentencia C-098 de 1996, esta omisión legislativa no se presentaba en el año 1996, pues en ese entonces la ley 54 de 1990 sólo podía ser interpretada como una disposición que pretendía remediar la injusticia que sufrían las parejas heterosexuales que no estaban unidas por el vínculo del matrimonio. En consecuencia, era razonable admitir su constitucionalidad, a pesar de que dejaba de resolver otras injusticias, tales como aquéllas derivadas de la ausencia de protección estatal para las parejas homosexuales. Sin embargo, pasados más de quince años de la vigencia de esta ley y diez desde la sentencia C-098 de 1996, y presentándose la oportunidad idónea para corregir esta última injusticia mediante la reforma de la ley 54 de 1990, la ley 979 de

² Sentencia C-067/99 M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

³ Ver, entre muchas otras, sentencias C- 073 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-146 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-402 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-562 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

2005 configura una evidente omisión legislativa relativa, pues continúa el injusto régimen de exclusión de las parejas homosexuales de toda protección por parte del Estado, y aumenta los perjuicios que se derivan de ello para tales parejas.

Así, en la actualidad se presenta la condición que la propia Corte previó en la sentencia de 1996 como posibilidad para reabrir el debate sobre la constitucionalidad de los artículos de la ley 54 de 1990 en razón de una omisión legislativa relativa, pues es posible constatar la existencia de una lesión y un impacto negativo a las parejas homosexuales que resulta de la aplicación de la ley 54 de 1990. En ese entonces dijo la Corte:

“La omisión del Legislador que le endilga el demandante, podría ser objeto de un más detenido y riguroso examen de constitucionalidad, si se advirtiera en ella un propósito de lesionar a los homosexuales o de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra”.

Además, la constatación de la existencia de esta omisión legislativa relativa por parte de la Corte Constitucional resulta plenamente posible en el proceso de referencia, teniendo en cuenta que los accionantes demandaron los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, especificando que este último fue reformado por la ley 979 de 2005, la cual, por ende, también debe considerarse demandada. En ese sentido, existe una disposición legal concreta –el artículo 1 de la ley 979 de 2005 que reformó el artículo 2 de la ley 54 de 1990- respecto de la cual puede predicarse la omisión legislativa relativa. Y dado que, hasta la fecha, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la ley 979 de 2005, esta constatación conduce a concluir que el examen de fondo de las normas demandadas resulta procedente y que el mismo puede hacerse mediante su confrontación con la totalidad de la Carta Política, pues respecto de ellas no opera siquiera la cosa juzgada formal.

Así las cosas, por medio de la presente intervención ciudadana solicitamos a la Corte Constitucional que examine de fondo la constitucionalidad de las normas acusadas por los demandantes y que, por las razones que se exponen en las siguientes dos secciones, declare la existencia de una omisión legislativa relativa y la consecuente inconstitucionalidad de la “expresión hombre y mujer” contenida en las normas acusadas o, subsidiariamente, la constitucionalidad condicionada de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, en el entendido de que la unión marital de hecho también incluye parejas del mismo sexo.

Técnicamente, es menester que la Corte Constitucional comprenda que esta última solicitud de carácter subsidiario se encuentra implícitamente incorporada en la demanda. En efecto, sin duda los demandantes se abstuvieron de incluirla como solicitud, en atención a lo decidido por la Corte en la sentencia C-1299 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En dicha sentencia, la Corte decidió inhibirse para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de inconstitucionalidad elevada por la ciudadana Mónica Roa contra las normas

penales que tipificaban el aborto como delito, argumentando, entre otras cosas, que una demanda de inconstitucionalidad no podía solicitar la declaratoria de la constitucionalidad condicionada de una norma, sino simplemente la declaratoria de inconstitucionalidad, siendo la Corte la única competente para analizar si un condicionamiento tal procede o no. Consideramos que esta decisión 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, es apenas obvio que también se admita que el ciudadano pueda solicitárselo en aquellos eventos en los que lo considere pertinente. Como lo afirmó el Magistrado Humberto Sierra Porto en el salvamento de voto que hizo a la sentencia C-1299 de 2005,

“Resulta pues, incompresible que la Corte Constitucional pueda dictar - como lo ha hecho en innumerables ocasiones - sentencias interpretativas y se prohíba a las ciudadanas y a los ciudadanos realizar una solicitud en este sentido, esto es, exigir por medio de la acción pública de inconstitucionalidad que se declare la constitucionalidad condicionada de una Ley.”

Por ello, aprovechamos esta oportunidad para solicitar a la Corte que se aparte de la decisión contenida en la sentencia C-1299 de 2005, de forma tal que a futuro los ciudadanos puedan solicitarle la constitucionalidad condicionada de una norma, cuando así lo consideren oportuno. Sin embargo, en caso de que la Corte decida mantener la doctrina esbozada en la sentencia C-1299 de 2005, respetuosamente le solicitamos que, conforme a ella, recuerde que, cuando un ciudadano le solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, la Corte tiene la facultad de declarar de oficio la constitucionalidad condicionada de la misma, en especial en presencia de una omisión legislativa relativa. Por ello, en este caso concreto solicitamos a la Corte que, o bien declare la inconstitucionalidad de las expresiones “hombre y mujer” contenidas en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o bien declare su constitucionalidad condicionada en el entendido de que también incluyen a las parejas del mismo sexo.

II. Pertinencia de un cambio del precedente constitucional en la materia

La solicitud elevada en esta intervención ciudadana a la Corte Constitucional consistente en que declare la inconstitucionalidad de las expresiones “hombre y mujer” de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 o, subsidiariamente, la constitucionalidad condicionada de estas disposiciones legales de manera que incluyan a las parejas del mismo sexo se fundamenta en la vulneración de los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que la aplicación de tales normas produce a las parejas homosexuales.

Como la demanda de la referencia, consideramos que la protección de los derechos fundamentales de los homosexuales no puede restringirse a la consideración de éstos como individuos mas no como parejas. En ese sentido, si bien es imposible negar el gran avance de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que se refiere a la prohibición de la discriminación por razones de la opción sexual de los individuos⁴, también es necesario admitir que el derecho –ampliamente defendido por la doctrina de la Corte- a elegir un proyecto de vida y a desarrollarlo plena y dignamente implica, necesariamente, que dicha prohibición de la discriminación se extienda a la esfera de las parejas y a la posibilidad de constituir familias a partir de ellas. La discriminación por razones de la opción sexual no sólo tiene lugar cuando a un individuo se le prohíbe acceder a un empleo por ser homosexual o se lo sanciona por esa razón; también tiene lugar cuando se le limita acceder a los beneficios estatales otorgados a las parejas por el simple hecho de elegir a una pareja del mismo sexo, o cuando se excluye a los homosexuales de la posibilidad de constituir una familia susceptible de recibir protección del Estado. Sin duda, esto último configura un tratamiento discriminatorio injustificado y desproporcionado, que vulnera el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Sin embargo, en la actualidad, a pesar de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional reitera que los homosexuales tienen derecho a elegir y desarrollar su proyecto de buen vivir, que éste es reconocido como importante y valioso para una sociedad pluralista como la colombiana, y que por tanto debe ser tratado sin discriminaciones, dicha jurisprudencia afirma que en Colombia las parejas homosexuales no tienen derecho a obtener los beneficios patrimoniales de vivir en una unión permanente, a solicitar la residencia en el país cuando no son ciudadanos, a obtener los beneficios pensionales de su compañero o compañera, ni mucho menos a adoptar hijos.⁵ Todo ello fundado en el hecho de que son homosexuales y de que estas protecciones son exclusivas de las parejas heterosexuales, único origen posible de la familia protegida por la Constitución Política.

Según la Corte, si bien los homosexuales no tienen derecho a acceder a esa protección especial ofrecida por el Estado a la familia, ello no significa que estén desamparados, pues en todos los casos cuentan con la posibilidad de acceder a los beneficios ordinarios suministrados por el Estado a los individuos que no conforman parejas ni familias, a pesar de que estos beneficios sean muy inferiores en términos de certeza del derecho y de calidad de la prestación. Así,

⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-097 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Ver, entre otras, las sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

por ejemplo, en el fallo más reciente de la Corte Constitucional sobre el tema⁶, ésta avaló la negativa del Seguro Social de otorgar a un individuo desempleado y con el virus del VIH-Sida la pensión de sobreviviente de su difunto compañero, con quien convivió por más de 10 años, pues, según la Corte, dicha pensión se comprende como un “instrumento de protección del grupo familiar”, y el grupo familiar sólo debe ser protegido por el Estado cuando tiene en su origen a una pareja heterosexual. Sin embargo, la Corte aclaró que la imposibilidad del accionante de acceder a la pensión de sobreviviente de su compañero no significaba de manera alguna su desamparo. Según la Corte, éste podría –a pesar de su desempleo, del avanzado estado de su enfermedad y de la existencia de la pensión de su compañero- “procurarse de manera autónoma sus medios de subsistencia y contribuir al sistema en orden a obtener una pensión en las condiciones legales” o “acudir a los medios alternativos de acceso a la seguridad social en salud y pensiones, en igualdad de condiciones con todas las personas, sin que en ese escenario resulte relevante la orientación sexual”.⁷

Lo problemático de esta jurisprudencia de la Corte es que intenta ocultar el sol con las manos, al afirmar que el tratamiento diferenciado de las parejas heterosexuales y homosexuales no se fundamenta en el criterio sospechoso de la orientación sexual. Dicho trato diferenciado se basa en la idea de que sólo las parejas heterosexuales pueden conformar familias susceptibles de ser protegidas por el Estado, idea que es evidentemente discriminatoria, pues excluye de plano la posibilidad de que las parejas homosexuales constituyan familias valiosas para el proyecto de sociedad pluralista e incluyente contenido en la Constitución de 1991. Esta postura interpreta equivocadamente la regulación amplia, pluralista y democrática de la familia que trae el artículo 42 de la Constitución de 1991. Según la Corte, esta disposición debe ser interpretada en el entendido de que la Constitución protege únicamente, o al menos privilegiadamente, a la familia heterosexual y monogámica, en razón de que establece que una de las formas de constituir la familia es “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”. Sin embargo, esta hermenéutica ignora que el propio artículo 42 reconoce literalmente otras formas de conformar familias, al establecer que éstas no sólo se constituyen por el matrimonio de hombre y mujer, sino también “por vínculos naturales o jurídicos” o “por la voluntad responsable de conformarla(s)”. Esto significa que la exigencia de que se trate de una pareja heterosexual está referida exclusivamente a la institución matrimonial, pero no a otras formas de familia, que pueden tener otro origen y estructura.⁸

⁶ Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Ver, en este sentido, los salvamentos de voto de los Magistrados Álvaro Araújo Rentería, Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa a las sentencias SU-623 de 2001 y C-814 de 2001.

Pero además, esta postura pretende negar que la restricción de la protección estatal de los derechos de los homosexuales a la esfera individual y a la intimidad vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, por cuanto estos derechos sólo pueden ejercerse cabalmente en la esfera de la pareja y de la familia y, en el caso de las parejas heterosexuales, también son protegidos en tal dimensión. Así, la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional establece una distinción bastante artificial entre el derecho a elegir libremente la opción sexual y a no ser discriminado por esa razón, y el derecho a ejercer a plenitud dicha opción sexual y a no ser discriminado por esa razón. En efecto, siguiendo la doctrina de la Corte, una persona puede convivir con otra de su mismo sexo con la pretensión de constituir una comunidad significativa de vida, contar para ello con el concurso de una voluntad responsable para conformarla, tener como móvil de la cohabitación la atracción sexual, el deseo de compañía y de afecto, el miedo a la soledad, o cualquier otra razón admisible para parejas heterosexuales. Sólo que esa pareja no puede contraer matrimonio, ni conformar legalmente una unión marital de hecho, ni solicitar la residencia de uno de sus miembros cuando se trate de un extranjero, ni ser beneficiaria del sistema de afiliación a la seguridad social de los compañeros permanentes, ni adoptar el número de hijos que responsablemente pueda atender.

Con la negativa de brindar protección constitucional a la pareja y a la familia homosexual, la Corte no sólo contradice los principios y valores constitucionales que prohíben la discriminación fundada en la orientación sexual, sino que, además, envía un mensaje perverso, según el cual, si usted es homosexual, la Carta lo protege individualmente, siempre y cuando no aspire a realizar realmente su opción sexual y decida conformar una pareja o una familia, pues en ese caso el ordenamiento no le brinda ninguna protección. En lugar de otorgar una protección especial a los homosexuales que se unen mediante vínculos afectuosos estables y responsables y construyen a partir de ellos familias valiosas para la sociedad colombiana, la Corte parece terminar privilegiando a los homosexuales que optan por no hacerlo y por evitar así las insufribles consecuencias de vivir una vida en pareja o en familia sin absolutamente ninguna protección por parte del Estado.

Así las cosas, con el equivocado argumento de que la Carta sólo reconoce a la familia heterosexual y monogámica, la Corte ha limitado cada vez más su vigorosa jurisprudencia inicial a favor de la protección del derecho a no ser discriminado por razón de la preferencia sexual. En la práctica, la Corte protege adecuadamente al homosexual como persona individual y aislada. No obstante, desconoce los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad en tanto que parte de una pareja susceptible de construir una familia, pues la excluye de muchas regulaciones estatales de carácter protector. Al hacerlo, la Corte abdica de su función de proteger especialmente a las minorías estigmatizadas. Y lo hace en un contexto que, como el colombiano, dificulta enormemente que estas minorías puedan hacer

valer sus derechos en la arena democrática, en donde las mayorías parecen reticentes a sus reclamos.⁹

Es por eso que resulta imperativo que la Corte modifique el precedente constitucional según el cual la protección de la opción homosexual llega únicamente hasta donde empiezan las regulaciones relativas a la protección de las parejas y del núcleo familiar. Este precedente termina por defender un tratamiento discriminatorio fundado en la preferencia sexual y atenta por tanto contra la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de igualdad.¹⁰

Además, dado que este precedente es vulneratorio de los derechos de los homosexuales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, el mismo podría ser considerado como un atentado contra los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia por parte de los órganos encargados de su monitoreo, pues el tratamiento diferencial allí contenido no tiene ninguna justificación suficiente ni proporcionada. En efecto, a diferencia de lo que sostiene la Corte Constitucional en la sentencia T-349 de 2006, es bastante factible que la doctrina del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establecida en el caso *Young vs. Australia*¹¹ resulte aplicable al caso colombiano. En *Young vs. Australia*, el Comité determinó que la regulación del Estado australiano que impedía el acceso a la seguridad social de los compañeros sobrevivientes de homosexuales beneficiarios del sistema era violatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), pues este trato discriminatorio con respecto a las parejas heterosexuales no se encontraba justificado por ningún argumento razonable y objetivo. Aunque la sentencia T-349 de 2006 de la Corte Constitucional así lo sostiene, parece difícil justificar razonable y objetivamente el tratamiento discriminatorio dado a las parejas homosexuales por la regulación colombiana, con base en la artificial distinción entre sus derechos como individuos y como parejas y en la equivocada y restrictiva interpretación del concepto de familia. En efecto, como lo afirmó la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, la protección del interés superior de la familia no

⁹ En los últimos cinco años, se han presentado ante el Congreso de la República cuatro proyectos de ley tendientes a garantizar la igualdad de derechos de las parejas homosexuales (Proyecto de Ley 85 de 2001, Proyecto de Ley 43 de 2002, Proyecto 113 de 2004, Proyecto 130 de 2005). Sin embargo, de ellos 3 han sido archivados por votación en contra o por falta de trámite, y el último se encuentra en primer debate en la Cámara de Representantes, sin muchas posibilidades de éxito en razón de la renuencia de las mayorías a aceptar y defender activamente los derechos de los homosexuales.

¹⁰ En la sentencia C-481 de 1998, fundamentos 24 y ss, La Corte explícitamente señala que “toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto”. Ver igualmente las sentencias T-539 de 2004 y T-101 de 1998.

¹¹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Young vs. Australia*, 2003, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C78/D941/2000.

constituye un argumento razonable ni objetivo para mantener en un ordenamiento jurídico una norma discriminatoria en contra de las parejas homosexuales.¹²

Así las cosas, si los argumentos esbozados a lo largo de esta intervención no le parecen suficientes para reconsiderar su jurisprudencia, la Corte debería hacerlo al menos con base en este último argumento, no sólo por lo problemático que resulta que se declare que el Estado colombiano vulnera el PIDCP a través de una regulación avalada por el máximo tribunal constitucional del país, sino porque este pacto forma parte del bloque de constitucionalidad, y las decisiones del Comité de monitoreo del mismo son, al menos, una pauta relevante para su interpretación. En esa medida, como lo argumentan los demandantes fundándose en la jurisprudencia de esta Corporación¹³, esta reciente decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Young vs. Australia* debería considerarse como un cambio en el referente normativo del bloque de constitucionalidad, que justifica plenamente un giro jurisprudencial.

Finalmente, es muy importante que la Corte Constitucional cambie su precedente constitucional en materia de la distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales, a fin de que sus declaraciones acerca de la protección constitucional de los derechos de los homosexuales no se queden en mera retórica, susceptible de generar una eficacia simbólica de sus sentencias. En efecto, como se ha manifestado a lo largo de esta intervención, es mucho el desconcierto que produce que la Corte sea tan generosa en sus declaraciones de principio sobre los derechos a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales, pero tan renuente a permitir que éstos puedan ejercer estos derechos plenamente, a través de la conformación de parejas y familias homosexuales. Si la Corte Constitucional continúa defendiendo esta línea argumentativa como precedente jurisprudencial será difícil reconocer en sus decisiones una intención seria y verdadera de proteger los derechos de los homosexuales, que parecerán cada vez más declaraciones retóricas tendientes apenas a obtener legitimidad, sin generar cambio social alguno.

¹² Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, 1999, No. 176, 33290/96. En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la normatividad portuguesa que impedía que el padre biológico de una menor que convivía con una pareja del mismo sexo vulneraba la Convención Europea, y no podía justificarse en virtud del objetivo de protección del interés superior de la familia.

¹³ Como lo exponen los demandantes, en la sentencia C-1299 de 2005 la Corte Constitucional señaló dos circunstancias en las que puede comprenderse que ha tenido lugar un cambio en el bloque de constitucionalidad: la ratificación de un nuevo tratado, o la interpretación con autoridad del mismo por parte del órgano internacional competente en el sentido de establecer una obligación determinada derivada del tratado en cuestión.

El cambio del precedente hasta ahora defendido significaría que los homosexuales tendrían la posibilidad de acceder a la protección especial ofrecida por el Estado a las parejas y familias heterosexuales, en igualdad de condiciones. Este cambio se encuentra plenamente justificado en la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a la igualdad y a la no discriminación por razones de orientación sexual, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y las decisiones de los órganos competentes para interpretarlos. Pero además, se encuentra también justificado por el cambio de la percepción de los colombianos respecto de los homosexuales, del que da cuenta la demanda de los accionantes. Como lo argumentan éstos, la sociedad colombiana ha dejado atrás, en buena parte, los nocivos estereotipos que tildaban a los homosexuales de enfermos o anormales, y ha comenzado a reconocer el valor de su proyecto de vida y la importancia de defenderlo, lo que se refleja en el cambio del lenguaje utilizado por los medios de comunicación para referirse a los homosexuales y en el fortalecimiento del movimiento social que defiende sus derechos, entre otros.

Para materializar este cambio, sería necesario que la Corte Constitucional precisara la jurisprudencia contenida en la sentencia C-098 de 1996, y modificara aquélla contenida, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006.

En cuanto a lo primero, como se advirtió en la sección anterior, la sentencia C-098 de 1996 fue acertada al declarar la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 sobre la base de que el legislador no podía remediar todas las injusticias a un mismo tiempo y de que, con la ley 54 de 1990, estaba remediando el injustísimo tratamiento diferencial que se le daba en ese entonces a las parejas heterosexuales, según estuvieran o no unidas por vínculos de matrimonio. Sin embargo, transcurridos diez años desde que esa sentencia fue proferida y más de quince desde que la ley 54 de 1990 cobró vigencia, es preciso que la Corte Constitucional declare que, aquello que no resultaba inconstitucional en la década de los 90, sí lo es actualmente. Lo es, de una parte, porque la primera injusticia que la ley 54 de 1990 pretendía remediar ya fue remediada, por lo que corresponde al legislador encargarse de remediar las injusticias restantes, en particular cuando las mismas derivan de la aplicación de las normas por él creadas, tal y como sucede en el caso de la ley 54 de 1990. En efecto, como lo expusieron los demandantes, la aplicación restrictiva de la ley 54 de 1990 a las parejas heterosexuales tiene efectos nocivos sobre las parejas homosexuales, no sólo porque no pueden ser beneficiarias de la presunción de la unión marital de hecho, de los medios de prueba previstos para demostrar su existencia, ni del régimen patrimonial de bienes comunes allí previstos, sino también porque la definición de unión marital de hecho y de compañeros permanentes previstas en tal ley se han convertido en el referente normativo de diversos regímenes jurídicos y, por tanto, han conducido a la exclusión de los homosexuales de toda protección y de todos los beneficios concedidos por el Estado a las parejas y familias heterosexuales. De otra parte, es importante que

la Corte Constitucional precise el precedente contenido en la sentencia C-098 de 1996 teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que sucedió cuando dicha sentencia fue proferida, en la presente oportunidad es innegable la existencia de una omisión legislativa relativa, teniendo en cuenta que en el año 2005 el legislador revisó y reformó dichas normas y, sin embargo, no remedió la injusticia por ellas generada en contra de los homosexuales.

Además de realizar dicha precisión, una decisión de la Corte Constitucional tendiente a remediar la injusticia generada por el trato discriminatorio de las parejas y familias homosexuales respecto de las heterosexuales tendría que rectificar el precedente constitucional contenido, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006. En efecto, para remediar de fondo dicha injusticia, la Corte tendría que alejarse de la noción restrictiva de familia heterosexual y monogámica en la que se han basado estas sentencias e incluir en la misma a la familia que tiene como origen una pareja homosexual. Con ello, la Corte Constitucional garantizaría un tratamiento igual para las parejas homosexuales y heterosexuales y una cabal protección de los derechos de los homosexuales a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

La precisión de la doctrina constitucional contenida en la sentencia C-098 de 1996 y la rectificación de aquella contenida, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006 que, como lo hemos argumentado a lo largo de esta sección, se hacen necesarias para la garantía plena de los derechos de la comunidad homosexual colombiana a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, conducen a la decisión, que respetuosamente solicitamos a la Honorable Corte Constitucional mediante esta intervención ciudadana, de declarar, o bien la inconstitucionalidad de la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o la constitucionalidad condicionada de los mismos en el entendido de que también incluyen parejas del mismo sexo.

III. Importancia de acceder a la petición de la demanda, incluso sin un cambio del precedente constitucional

Como queda claro en la sección anterior, es evidente que quienes suscribimos esta intervención ciudadana consideramos de toda la relevancia del caso que la Corte Constitucional rectifique el precedente constitucional que restringe la noción constitucional de familia digna de protección especial del Estado a la familia heterosexual, y que le ha servido como fundamento para declarar la constitucionalidad de tratamientos diferenciales y discriminatorios de las parejas homosexuales y heterosexuales. Ahora bien, consideramos que, incluso en el evento de que la Corte Constitucional decida mantener el precedente constitucional sobre la materia, con base en dicho precedente la Corte debería acceder a las pretensiones de los demandantes y, en consecuencia, declarar la

inconstitucionalidad de las expresiones “hombre y mujer” de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o la constitucionalidad condicionada de estas disposiciones en el entendido de que también incluyen parejas del mismo sexo.

En efecto, como lo argumentan con lucidez los demandantes, es posible establecer una distinción entre la noción de familia y la noción de pareja, susceptible de generar un tratamiento distinto por parte del Estado de una y otra, pero susceptible, al mismo tiempo, de impedir cualquier distinción entre los distintos tipos de pareja –heterosexual u homosexual-. Así, tal y como la comprende actualmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la familia sólo puede conformarse a partir de la unión de un hombre y una mujer, y merece la protección especial del Estado a la que se refiere el artículo 42 de la Carta, tanto por la posición de debilidad de la mujer, como por la posibilidad de la procreación.¹⁴ Por su parte, la pareja constituye una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se concreta en la libre elección del proyecto de vida y en la libre determinación de vivir la sexualidad con otra persona y de establecer con ella una comunidad significativa de vida, sin importar que se trate de una persona del mismo o de otro sexo.

En esa medida, mientras que una pareja heterosexual puede ser acreedora de los derechos que le otorga tanto su carácter de pareja como su carácter de familia, una pareja homosexual sólo podría ser acreedora de los primeros. Sin embargo, éstos deberían incluir no sólo los derechos individuales de los miembros de la pareja, sino los derechos que confiere el hecho de conformar una pareja, y deberían concederse a las parejas heterosexuales y homosexuales, sin distinción alguna. Entre estos derechos se encontrarían, evidentemente, aquéllos consagrados en la ley 54 de 1990, pues ésta hace referencia al régimen patrimonial propio de la unión marital de hecho, régimen que puede predicarse de cualquier pareja con independencia de que ésta constituya o no una familia. En ese sentido, parecería no existir ninguna justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los derechos consagrados en la ley 54 de 1990, ni de todos los demás, presentes en diferentes regímenes jurídicos, que se basan en la definición de la unión marital de hecho propia de la ley 54 de 1990 para determinar a sus beneficiarios.

De esa manera, resulta perfectamente posible que, con base en el precedente constitucional vigente, la Corte Constitucional acceda a la solicitud de los demandantes de declarar la inconstitucionalidad de la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, o la constitucionalidad condicionada de los mismos en el entendido de que también incluyen parejas del mismo sexo. En efecto, esto sólo implicaría de parte de la Corte una precisión en el sentido de que las instituciones de la pareja y la familia

¹⁴ Ver, al respecto, la sentencia C-098 de 1996 que, como lo señalan los demandantes, alude a estas características para distinguir la pareja heterosexual de la homosexual, en lugar de hacerlo para distinguir la familia de la pareja –heterosexual u homosexual- como lo sugieren los demandantes.

son distintas y pueden convivir de manera independiente entre sí, recibiendo cada una un tratamiento distinto de parte del Estado. Desde esta perspectiva, entonces, las expresiones demandadas en el proceso de referencia serían inconstitucionales o requerirían de una interpretación condicionada, no porque generan un tratamiento distinto entre la familia y la pareja homosexual, sino porque generan un tratamiento distinto y discriminatorio entre la pareja heterosexual y la pareja homosexual, parejas respecto de las cuales no pueden hacerse distinciones basadas en la orientación sexual de sus miembros.

La declaratoria de inconstitucionalidad o de constitucionalidad condicionada de las expresiones demandadas por las razones anteriormente enunciadas parecería ser el límite argumentativo al que podría llegar la Corte para producir una decisión que, dentro del marco del constitucionalismo democrático, mantuviera su precedente constitucional en materia de la noción de familia, sin vulnerar con ello los derechos fundamentales a la igualdad, la vida digna y el libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales, así como los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En efecto, la declaratoria de constitucionalidad de las normas acusadas no puede ser interpretada, desde ninguna óptica, como una decisión respetuosa, ni mucho menos protectora, de los derechos de los homosexuales, por cuanto la misma implicaría la perpetuación del tratamiento discriminatorio e injustificado al que, hasta la fecha, se han visto sometidas las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales. Como lo señaló ya el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales constituye una violación del artículo 26 del PIDCP y, como tal, una violación del bloque de constitucionalidad colombiano.

Y es que, como lo afirmó la propia Corte en la última sentencia en torno a este tema, “(l)as parejas homosexuales estables son una realidad que surge en nuestra sociedad en un contexto distinto”¹⁵, contexto que no existía cuando disposiciones legales como la ley 54 de 1990 o la ley 100 de 1990 fueron expedidas. En ese sentido, si bien en su momento dichas disposiciones podían ser consideradas constitucionales, en la actualidad, cuando las parejas homosexuales son una “realidad visible”, se han movilizado activamente para solicitar el reconocimiento de su diferencia y demuestran necesidades de protección estatal similares de aquéllas de las parejas heterosexuales, la limitación de esta protección a éstas en detrimento de aquéllas se torna insostenible. De ahí que, yendo más allá de los argumentos expuestos por los demandantes acerca de la existencia de una cosa juzgada relativa implícita, consideremos que en este caso estamos en presencia de una omisión legislativa relativa, pues en el momento de la expedición de la ley 979 de 2005 -y en particular de su artículo 1 reformativo del artículo 2 de la ley 54 de 1990-, el

¹⁵ Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

legislador debió haber extendido los beneficios concedidos por la ley 54 de 1990 a las parejas homosexuales, a fin de terminar la discriminación de la que han sido víctimas por concepto de la aplicación restrictiva de esa ley.

El legislador no corrigió la situación discriminatoria de las parejas homosexuales habiéndolo podido hacer y, en cambio, aumentó la brecha existente entre la desprotección de éstas y la protección de las parejas heterosexuales. Como tal, de la ley 54 de 1990 no puede sino afirmarse lo que, en su momento, expresó la Corte Constitucional respecto de las normas que tipificaban la homosexualidad como falta disciplinaria de los docentes:

“Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean 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.”¹⁶

Para que los prejuicios contra la homosexualidad sean erradicados y para que la diversidad sea comprendida como fuente de riqueza social, es fundamental que en el proceso de referencia la Corte Constitucional reconozca la igualdad real de derechos de las parejas homosexuales y, en consecuencia, acceda a la siguiente solicitud:

IV. Solicitud.

De manera comedida solicitamos a la Corte Constitucional:

Solicitud principal: que declare la INCONSITUCIONALIDAD de la expresión “hombre y mujer” contenida en los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, este último modificado por el artículo 1 de la ley 979 de 2005.

Solicitud subsidiaria: que declare la CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, este último modificado por el artículo 1 de la ley 979 de 2005, en el entendido de que la unión marital de hecho incluye también a las parejas del mismo sexo, esto es, parejas conformadas por una mujer y una mujer o por un hombre y un hombre.

De los Honorables señores Magistrados,

¹⁶ Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Rodrigo Uprimny Yepes,
c.c. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios de
Derecho, Justicia y Sociedad
DeJuSticia

María Paula Saffon Sanín
c.c. 52.862.641 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios de
Derecho, Justicia y Sociedad
DeJuSticia