

Bogotá D. C., Enero 19 de 2010

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. María Victoria Calle Correa
E. S. D.

Ref: Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad de los expedientes acumulados No. D-7882 y D-7909

Actores: Felipe Montoya Castro (D-7909) y Jaime Luis Berdugo y otros (D-7882)

Normas demandadas: artículo 113 del Código Civil e inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996.

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con C.C. No. 79.146.539 de Usaquén, Nelson Camilo Sánchez León, identificado con C.C. No. 11.203.155 de Chía y Luz María Sánchez Duque, identificada con C.C. No. 30.233.501 de Manizales, integrantes del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, y Felipe Arias Ospina, identificado con C.C. 1.020.746.395 de Bogotá, Juan Miguel Eslava Lozzi, identificado con C.C. 1.020.722.922 de Bogotá y Juliana Emilia Galindo Villarreal, identificada con C.C. 1032.424.881 de Bogotá, obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política y en el artículo 7º del decreto 2067 de 1991, en respuesta a la invitación de la Corte Constitucional para intervenir en este proceso de constitucionalidad, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes este escrito con el propósito de coadyuvar la demanda de la referencia.

Compartimos las tesis esenciales de los demandantes en el sentido de que el trato diferenciado dado a las parejas homosexuales por el artículo 113 del C.C que les impide celebrar el contrato de matrimonio es inconstitucional. En aras de coadyuvar las pretensiones de los demandantes nuestra intervención aborda dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, nos ocupamos de analizar la constitucionalidad de la expresión “*de procrear*” contenida en el artículo 113 del C.C en virtud de la cual se define la procreación como una de las finalidades del matrimonio. Aunque esta cuestión tiene una conexión directa con el tema central de la demanda en tanto una de las razones que suele invocarse para negar el matrimonio entre personas homosexuales es que estas no pueden procrear, advertimos que al margen de esta cuestión existen razones que justifican la inconstitucionalidad de dicha expresión. Argumentamos que la definición de la procreación como finalidad del matrimonio comporta un desconocimiento del derecho a la autonomía

reproductiva (art. 42 C.P) –que implica el derecho a decidir libremente no tener ningún hijo–, a la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de los contrayentes, en especial de la mujer, dada la posición especial que por cuestiones biológicas y culturales tiene esta frente a la reproducción. Por tales razones estimamos que la definición de la procreación como finalidad del matrimonio es inconstitucional.

En segundo lugar, nos ocupamos de los argumentos específicos que sustentan la inconstitucionalidad de la restricción del matrimonio a las parejas heterosexuales. Partiendo del precedente de la Corte en materia de los derechos de las parejas homosexuales según el cual el análisis del trato desigual dado a estas parejas debe someterse a un test estricto de proporcionalidad, procedemos a aplicar este test en el caso concreto. Pero antes de hacerlo abordamos dos cuestiones preliminares. En primer lugar, como presupuesto para aplicar el test estricto, demostramos 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 requerimientos análogos de protección. Argumentamos que la diferencia que suele invocarse para justificar el trato discriminatorio, a saber, que sólo las parejas heterosexuales pueden constituir una familia, es un elemento que debe ser tenido en cuenta al aplicar el test estricto, pero no como fundamento para evitar su aplicación. De otro lado, sostenemos que la diferencia fundada en la incapacidad biológica de procrear tampoco puede ser tenida en cuenta para negar el carácter asimilable de los dos tipos de parejas, 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.

La segunda cuestión preliminar a la que nos enfrentamos antes de aplicar el test es a una posible objeción a la admisibilidad constitucional del matrimonio homosexual que se derivaría de una interpretación del artículo 42 de la Constitución que establece que la familia se constituye, entre otros, “*por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio*”. Según una posible lectura de esta disposición, la misma Constitución restringiría el matrimonio a las parejas heterosexuales y prohibiría la consagración legal del matrimonio homosexual. Para controvertir dicha interpretación, argumentamos que una interpretación literal del artículo en cuestión admite dos posibles entendimientos, uno que implicaría que es obligatorio permitir el matrimonio entre hombre y mujer, pero que además este únicamente puede ser contraído por parejas heterosexuales; y otro que reconocería también la obligación de consagrar el matrimonio entre un hombre y una mujer, pero dejaría abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico prevea otros tipos de matrimonio. Ante estas dos posibles interpretaciones sostenemos que la interpretación restrictiva es más débil que la interpretación amplia, por cuanto parte del supuesto erróneo de que la Constitución protege un tipo único de familia –la heterosexual–, desconociendo que la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional reconocen y protegen otros tipos de familia como la conformada por madres o padres cabeza de familia y la familia de crianza. Es débil además porque asume equivocadamente que el artículo 42 contiene una regla exceptiva en materia de matrimonio y no, como efectivamente ocurre,

una regla especial. Y es débil también porque 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.

Después de demostrar que las parejas homosexuales se encuentran en una situación asimilable a las heterosexuales, y que la Constitución no prohíbe la consagración legal del matrimonio homosexual, procedemos a aplicar el test. Argumentamos que el trato desigual no obedece a un fin constitucionalmente imperioso y legítimo, en la medida en que la protección especial de la familia heterosexual –que parecería ser el fin invocado en este caso concreto– obedece a una interpretación equivocada del artículo 42 de la Carta en la medida en que, como ya lo indicamos, parte del supuesto erróneo de que la Constitución sólo protege la familia heterosexual y monogámica. Por otro lado, aún 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 que genera obligaciones personales recíprocas en el ámbito exclusivo de la pareja.

Argumentamos que aún si se insiste en sostener que la única familia que goza de protección constitucional es la heterosexual y que el matrimonio sólo puede entenderse como fuente jurídica 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, pues 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.

Finalmente, advertimos que la restricción que se deriva 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. Tal es así, por cuanto pese a los avances obtenidos por las parejas homosexuales en materia de 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. Esto genera un déficit de protección para las parejas homosexuales en cuanto las priva de la posibilidad de gozar de ciertas prerrogativas como elevar a la categoría de deberes jurídicos los compromisos morales de la pareja, restringir 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. Tal déficit de protección comporta una violación a los derechos a la igualdad (Art. 13 CP), a la dignidad humana (Art. 1º CP), al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP) y a la personalidad jurídica (Art. 14 CP) de las personas homosexuales.

Por todas las razones anteriores concluimos que las expresiones acusadas deben ser declaradas inexecutable.

En desarrollo de los anteriores argumentos, la presente intervención se ciñe al siguiente derrotero: (1) análisis de la constitucionalidad de la expresión “*de procrear*” contenida en el artículo acusado; (2) exposición del precedente judicial en materia de derechos de las parejas del mismo sexo; (3) demostración del carácter asimilable de las parejas homosexuales y heterosexuales en lo que respecta a la posibilidad de celebrar contrato de matrimonio; (4) análisis del artículo 42 de la Constitución en lo referente a la regulación del matrimonio; y finalmente (5) aplicación del test estricto de proporcionalidad al caso concreto.

1. La definición de la procreación como uno de los fines del matrimonio vulnera los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad.

El artículo 113 del Código Civil define el matrimonio como “*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*”. De acuerdo con esta definición, el objeto de este contrato civil está dado por los tres fines enunciados, a saber, la cohabitación, la procreación y el auxilio mutuo.

La consagración de la procreación como fin del contrato de matrimonio es una de las razones que suele ser invocada para justificar el impedimento de que las parejas homosexuales contraigan matrimonio. Así, al especificar las características de este contrato, la Corte Constitucional indicó que el mismo “*debe celebrarse entre hombre y mujer, como una consecuencia de uno de los fines del matrimonio: la procreación*”¹. Aunque tal como lo argumentaremos en el siguiente apartado, 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. En efecto, la definición de la procreación como finalidad del matrimonio comporta un desconocimiento de los derechos a la autonomía reproductiva (art. 42 C.P), a la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de las personas que deciden contraer matrimonio y, por tal razón, la misma resulta contraria a la Constitución.

El artículo 42 de la Constitución dispone que “*la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos*”. Este derecho reproductivo que concreta en el plano de la sexualidad los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) fue reconocido por primera vez como un derecho humano fundamental en la Proclamación de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán en el año de 1968. En esta Proclamación se indica que los padres tienen derecho “*a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos*”. En el mismo sentido, la Conferencia Mundial sobre población y

¹ Corte Constitucional, sentencia C-821 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Desarrollo de El Cairo en 1994 reconoce en su documento de acción que *“los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a ‘decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo’”* y que *“la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia”*² (subraya fuera de texto).

De acuerdo con las disposiciones referidas, los hombres y mujeres tienen el derecho fundamental a la autonomía reproductiva que implica el derecho a determinar el número de hijos, el cual a su vez incluye el derecho a decidir libremente no tener ningún hijo. En este sentido, el artículo 42 reconoce el derecho de la pareja a la libertad de procreación. Ahora, si bien este mismo artículo faculta expresamente al legislador para regular todo lo referente al matrimonio, dicha potestad no es absoluta pues, como lo ha resaltado la Corte: *“[l]a decisión constitucional de confiar la regulación de la institución jurídica del matrimonio a la ley civil conlleva cargas y límites al Congreso de la República, el cual debe ejercer sus competencias respetando el orden constitucional vigente”*³. Los límites iniciales a los que se encuentra sometido el legislador están precisamente consagrados en el artículo 42. A modo de ejemplo, la Corte ha indicado los siguientes: *“[l]as relaciones familiares deben regularse, teniendo en cuenta que se basan en ‘la igualdad de derechos y deberes de la pareja’ y en ‘el respeto recíproco’ entre todos sus integrantes (art. 42-4, CP). Deberá tenerse en cuenta que la ‘honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables’ (art. 42-3, CP)”*⁴.

Para el caso concreto, el derecho a la autonomía reproductiva establecido también en dicho artículo constituye otro de los límites a la potestad del legislador. En virtud de este límite, al legislador le está vedado establecer en la regulación del matrimonio cualquier disposición que niegue tal derecho. Sin embargo, esto es precisamente lo que sucede al definir la procreación como uno de los fines del matrimonio. Con esta disposición 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. En este sentido, las personas que deciden casarse ven seriamente restringido su derecho a libertad de procreación, el cual incluye el derecho a decidir no tener hijos. Esto comporta sin lugar a dudas una injerencia arbitraria del legislador en el ámbito de la intimidad personal y familiar de los cónyuges por cuanto afecta la libertad de estos de decidir acerca de si tienen hijos o no, la cual es una decisión que atañe exclusivamente a la esfera privada. De este modo se vulnera el derecho a la intimidad (art. 15 C.P) que según lo ha dicho la Corte *“se proyecta en dos dimensiones: como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o como libertad, que se realiza en el derecho de toda*

² Citado en: Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006.

³ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Ibid.

persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”⁵. (subraya fuera de texto). Las personas deben tener la posibilidad de optar por el matrimonio sin que esto implique someterse al designio de convertirse en padres. Negar tal posibilidad constituye además una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de conformidad con el cual las personas pueden escoger libremente y realizar su propio proyecto de vida.

De otro lado, cabe resaltar que a diferencia de lo que sucede con los otros dos fines del matrimonio (la cohabitación y el auxilio mutuo) 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. De hecho, la inclusión de la procreación como finalidad del matrimonio evidencia con claridad la genealogía patriarcal de este⁶ 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. Tal es así por cuanto 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”. Si bien la concepción, en tanto primer eslabón de la reproducción, requiere la concurrencia del hombre y 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. Por tal razón, la Corte Constitucional ha señalado que “*respecto de las mujeres es evidente que hay*

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ La genealogía patriarcal del matrimonio se evidencia en una serie de disposiciones que fueron derogadas a lo largo del siglo XX o declaradas inexequibles por la Corte Constitucional. Así, la ley 28 de 1932 dispuso que libre administración de los bienes, que inicialmente era reservada al marido, correspondía a ambos cónyuges. El Decreto 2820 de 1974 derogó lo que en su momento se llamaba la potestad marital en virtud de la cual el hombre fungía como representante legal de su esposa. El Decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad –que antes sólo estaba en cabeza del hombre- a la mujer y al hombre, eliminó la obligación de la obediencia de la mujer al marido, y la de seguirle en caso de que este trasladase su residencia. Por su parte, el artículo 94 del Decreto-Ley 999 de 1988 suprimió la obligación de llevar el apellido del esposo. Las restricciones de la administración de bienes y la capacidad de las mujeres que precedieron a las normas mencionadas reflejaban una visión de las mujeres como seres sin autonomía ni capacidad de autodeterminación. Cambios legislativos como estos, así como la adopción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1981, la creación de la figura del divorcio civil, y la Constitución de 1991 que en sus artículos 13, 40 y 43 establece mandatos orientados a lograr una igualdad efectiva entre los sexos contribuyeron a generar un cambio sustancial en la institución matrimonial. Así, la Corte Constitucional ha proferido una serie de sentencias que han ido despojando al matrimonio, en su dimensión jurídica, de sus evidentes rasgos patriarcales. A título de ejemplo, en la sentencia C-082 de 1999 la Corte declaró inexequible la causal de nulidad del matrimonio contenida en el artículo 140 numeral 7 que sancionaba el matrimonio entre la mujer adúltera y su amante, por cuanto, en palabras de la Corte, la misma reflejaba “*la concepción de la mujer como ser inferior al hombre, alejada de la cultura y, por consiguiente, sometida a la voluntad del varón [...]*”. Otra sentencia importante es la C-285 de 1997 en la cual se declaró la inexequibilidad del artículo 25 de la Ley 294 de 1996 que establecía una pena menor a la violación entre cónyuges. Además de estas, otras sentencias en las que la Corte adoptó decisiones en esta línea son la C-007 de 2001, la C-112 de 2000, la C-482 de 2003 y la C-521 de 2007. Para una revisión histórica de la discriminación legal contra las mujeres y de la jurisprudencia constitucional al respecto, ver: Mantilla, Julissa y Uprimny, Rodrigo (2009). “Violencia de género y justicia constitucional en Colombia”, en *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer – UNIFEM, Bogotá, pp. 119 – 163.

*situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción*⁷ (subrayado fuera de texto).

El artículo 113 del C.C que establece la procreación como uno de los fines del matrimonio expresa la idea dominante que existía en el siglo XIX según la cual el destino “natural” de la mujer era ser madre. Evidencia de esto es que, tal como se indica en la demanda a la cual esta intervención coadyuva, la palabra matrimonio proviene etimológicamente de la expresión latina *matrimonium* que hace alusión a la condición legal de madre. Sin embargo, esa idea empezó a ser socavada durante el siglo XX, siendo a partir de la década de los sesentas que su fractura empieza a hacerse evidente como resultado de las críticas y cuestionamientos efectuados por la teoría feminista y los movimientos de mujeres. Y así como en el siglo XIX las concepciones predominantes en relación con la posición de la mujer en la sociedad y en la familia fueron cristalizadas en las normas jurídicas, especialmente en aquellas concernientes al matrimonio, a partir de la década de los sesentas las nuevas concepciones alimentadas por la crítica feminista comenzaron a tener eco en el derecho internacional de los derechos humanos. Así lo ratifica la Corte en la sentencia C-355 de 2006 en la cual hace una descripción de la evolución de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, indicando que estos *“han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”*. Ha indicado que uno de los componentes esenciales de los derechos sexuales y reproductivos *“lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva [...]”*, y que la interferencia del Estado o los particulares en *“el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva”* constituye una vulneración de su derecho a la intimidad.

En virtud de lo anterior, considerando que la definición de la procreación como una de las finalidades del matrimonio comporta una vulneración de los derechos a la autonomía reproductiva (art. 42 CP), a la intimidad personal y familiar (art. 15 CP) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) de las personas que deciden contraer matrimonio, y especialmente de la mujer dada la posición especial que por cuestiones biológicas y culturales tiene esta frente a la reproducción, estimamos que la expresión acusada debe ser declarada inexecutable.

Habiendo demostrado la inexecutable de dicha expresión, procederemos a continuación a 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.

2. Precedente judicial aplicable al presente caso

⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

En los últimos dos años, la Corte Constitucional llevó a cabo un giro jurisprudencial de inmensa trascendencia en materia de los derechos de las personas homosexuales. En efecto, a través de las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T – 856 de 2007, C-336 de 2008 y C – 029 de 2009, la Corte cambió el precedente que durante muchos años mantuvo sobre la materia, y que en lo esencial garantizaba el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (Art. 13 CP) de las personas homosexuales en tanto que individuos⁸, pero sin extender tal protección a las parejas y las familias conformadas por estas personas⁹.

El origen e hito de este cambio de precedente 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 de las uniones maritales de hecho allí consagrado a favor de los compañeros permanentes es aplicable a las parejas del mismo sexo. Si bien esta sentencia restringió el alcance de su parte resolutive al régimen patrimonial de compañeros permanentes propio de la Ley 54 de 1990, la misma estableció un precedente constitucional nuevo en materia de derechos de las parejas homosexuales aplicable a todos los temas relacionados con estas. En efecto, la sentencia estableció que, si bien pueden existir diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales, ambos tipos de parejas presentan unos requerimientos análogos de protección. Estos requerimientos derivan, de un lado, de que unas y otras parejas tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección y, de otro lado, 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.

A partir de la constatación de la existencia de estos requerimientos análogos de protección, la Corte estableció dos subreglas jurisprudenciales de central importancia para el análisis de los casos de discriminación de parejas del mismo sexo. De un lado, la Corte determinó que el tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad. De acuerdo con este test, el trato diferenciado se presume discriminatorio y dicha presunción sólo 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. De otro lado, 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.

⁸ Ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencias T-097 de 1994, C-481 de 1998, T-618 de 2000.

⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004, T-349 de 2006.

Las subreglas anteriormente mencionadas han sido reiteradas en tres recientes sentencias de constitucionalidad que las han aplicado a temas distintos de aquel tratado por la sentencia C-075 de 2007. Así, en la sentencia C-811 de 2007, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 y decidió que el mismo es constitucional en el entendido que el régimen de protección allí consagrado consistente en la cobertura familiar del plan obligatorio de salud del régimen contributivo también es aplicable a las parejas del mismo sexo. Para llegar a esa conclusión, la Corte hizo referencia a la sentencia C-075 de 2007 como el “*marco conceptual*” contentivo de los “*criterios doctrinales (...) que marcan la perspectiva actual en el tratamiento jurídico del tema*”. En concreto, la Corte aplicó a la norma analizada un test estricto de proporcionalidad, a raíz del cual concluyó que el trato diferenciado allí consagrado era innecesario y desproporcionado. Igualmente, la Corte utilizó la fórmula del déficit de protección esbozada en la sentencia C-075 como “*criterio de evaluación de la disposición acusada*” y con base en ella concluyó que, al limitar el alcance de los beneficios de salud al ámbito familiar y al excluir con ello a las parejas del mismo sexo de tales beneficios, la norma analizada también adolecía de un déficit de protección.

Ahora bien, a pesar de utilizar la sentencia C-075 como marco de referencia, la sentencia C-811 no se limitó a reiterar sus subreglas, sino que también aportó elementos relevantes para la consolidación del precedente sobre la materia. En particular, al referirse a una norma cuyo alcance se encontraba determinado por la protección especial de la familia, la Corte hizo un análisis agudo de esta protección como objetivo buscado por la exclusión de las parejas del mismo sexo, y concluyó que esta no era necesaria para lograr ese propósito pues este 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. Así, dijo la Corte:

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.

De esa manera, la Corte giró radicalmente 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 parejas heterosexuales.

La sentencia T-856 de 2007 también aplicó el precedente establecido en la sentencia C-075 de 2007 a un caso de tutela en el cual una entidad promotora de salud se había negado a

afiliar como beneficiario al régimen contributivo de salud al compañero permanente homosexual de un cotizante. Para la Corte, la sentencia C-075 “*introdujo una nueva perspectiva al problema*”, ya que “*a partir de la decisión las parejas homosexuales pueden constituir uniones maritales de hecho cuando hagan ‘una comunidad de vida permanente y singular’*”, y “*para todos los efectos civiles se denominan compañero y compañera permanente a los integrantes de la pareja homosexual que forman parte de la unión marital de hecho*”.

Por su parte, en la sentencia C-336 de 2008 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones compañera o compañero permanente consagradas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que las parejas permanentes del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente allí consagrada. En esta sentencia se aplican al caso concreto las subreglas establecidas en la sentencia C-075 de 2007 y se concluye que la exclusión de las parejas homosexuales de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente, y constituye un déficit de protección vulneratorio de la prohibición de discriminación (Art. 13 CP), de la dignidad humana (preámbulo, Art. 1 CP) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP).

Finalmente, en la sentencia C – 029 de 2009 la Corte Constitucional 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 homosexuales¹⁰. En este fallo, la Corte reiteró la regla según la cual toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas y que se proyecte tanto en el ámbito individual como en el de las relaciones de pareja debe someterse a un escrutinio estricto de constitucionalidad. Al respecto puntualizó:

la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o

¹⁰ Tales disposiciones fueron las siguientes: normas civiles que regulan el patrimonio inembargable de familia, la afectación a vivienda familiar y la obligación de prestar alimentos; la norma que reduce el tiempo para acceder a la nacionalidad por adopción en favor de los compañeros permanentes; las que conceden beneficios especiales de acceso a derechos de residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a los compañeros permanentes; normas penales, penales militares y disciplinarias que consagran la garantía de no incriminación; las que establecen la posibilidad de prescindir de la pena cuando se comete un delito o contravención de carácter culposo que afecta únicamente al compañero(a) permanente; las que consagran como circunstancia de agravación punitiva de ciertos delitos que la víctima sea compañero(a) permanente o integrante del grupo familiar del sujeto activo; normas penales y preventivas de delitos que tienen por sujeto pasivo al compañero(a) permanente; las que consagran la presunción de la calidad de víctima para acceder a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación frente a crímenes atroces; las que definen los beneficiarios del régimen especial de seguridad social para los miembros de la Fuerza Pública; las que consagran beneficios sociales como la prestación social del subsidio familiar en servicios, el subsidio familiar de vivienda, subsidios y adjudicación de tierras baldías; la que define los beneficiarios de la indemnización por muerte en accidente de tránsito del Seguro Obligatorio de Salud (SOAT); y finalmente, normas de derecho público que establecen límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos con el Estado.

parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución

En esta providencia la Corte resaltó además que, en virtud de las diferencias existentes entre las parejas homosexuales y heterosexuales, 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. De conformidad con la Corte, “*no hay necesidad de acudir al test cuando se está ante situaciones que no resulten asimilables*”¹¹.

Las sentencias antes mencionadas conforman un precedente consolidado en materia de derechos de parejas homosexuales que resulta plenamente aplicable al caso objeto de esta demanda. Tal es así por cuanto el reproche de inconstitucionalidad que se levanta contra el artículo 113 del Código Civil radica precisamente en que otorga un trato diferenciado a estas parejas al impedirles celebrar el contrato de matrimonio, el cual está exclusivamente previsto para las parejas heterosexuales.

3. Las parejas heterosexuales y las homosexuales se encuentran en una situación asimilable en lo que respecta a los requerimientos de protección que sólo pueden ser satisfechos con el contrato de matrimonio.

Antes del giro jurisprudencial que efectuó la Corte Constitucional en la sentencia C – 075 de 2007 y que abrió paso a la consolidación del precedente vigente en materia de protección de los derechos de las parejas homosexuales, la Corte se había referido a las diferencias existentes entre estas parejas y las heterosexuales y en ellas había afincado la justificación de su tratamiento desigual. Así, la sentencia C-098 de 1996, que había declarado la exequibilidad de la no inclusión de las parejas homosexuales en el régimen de protección previsto para las uniones maritales de hecho en la Ley 54 de 1990, señaló como una de tales diferencias el que las uniones heterosexuales conforman una familia, no así las uniones constituidas por personas del mismo sexo. Al respecto indicó: “[l]as uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales”¹².

De otra parte, resaltó que la unión sexual en las parejas heterosexuales puede desatar la procreación, a diferencia de lo que sucede con las uniones entre personas del mismo sexo. Sobre este punto señaló: [...] *sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia*

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual*¹³.

Ahora bien, 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 disposiciones que establecen medidas de protección o cargas únicamente para las parejas heterosexuales. En su más reciente fallo sobre la materia, 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 a otras”¹⁴ 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”.

A partir de la sentencia C-075 el análisis acerca de las diferencias entre los dos tipos de parejas dista mucho del efectuado en la sentencia C-098/96. En primer lugar, antes de la C-075 el carácter asimilable de la situación de uno y otro tipo de pareja no tenía lugar dentro del análisis de constitucionalidad, el cual se fundaba exclusivamente en las diferencias advertidas. En segundo lugar, precisamente porque el carácter análogo de la situación era obviado, no se aplicaba el test estricto que, conforme al precedente vigente, es menester aplicar.

El segundo aspecto indicado es central para determinar el lugar que dentro del juicio de constitucionalidad deben ocupar las diferencias que existen entre los dos tipos de parejas. En efecto, según la Corte Constitucional el presupuesto para aplicar el test estricto es que las parejas se encuentren, en el caso concreto, en una situación asimilable. Este carácter asimilable 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 sólo pueden ser tenidas en cuenta para desdecir tal carácter asimilable 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. En este sentido, la diferencia fundada en la idea de que sólo 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. De conformidad con el precedente vigente sobre la materia, esta diferencia cobra relevancia, pero dentro de la aplicación del test, no para fijar su procedencia. Es en esta perspectiva que debe entenderse el siguiente planteamiento de la Corte que hace parte del último fallo proferido hasta el momento en materia de derechos de las parejas homosexuales:

[...] no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil

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.

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 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 familia¹⁵.

Es decir, 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. 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 C-075/07 y, por tal razón, un desconocimiento del precedente vigente.

La segunda diferencia advertida entre los dos tipos de parejas en cuestión, a saber, la que se da respecto a la capacidad natural de procrear, merece una consideración distinta por cuanto uno de los cargos de la demanda impugna precisamente la constitucionalidad de la expresión “*de procrear*” contenida en el artículo 113 del Código Civil. En este sentido, dado que lo que se debate en la demanda en cuestión es la constitucionalidad de la procreación como uno de los fines del contrato de matrimonio, 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 parejas frente al contrato de matrimonio, ni mucho menos para justificar el trato discriminatorio. Sin embargo, aún en el evento en que la Corte encuentre que la definición de la procreación como uno de los fines 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. En efecto, la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato. Al respecto, el profesor Monroy Cabra ha resaltado 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 procrear¹⁶. Desde esta perspectiva, la idea de que las parejas homosexuales no se encuentran en una situación análoga a la que se encuentran las parejas heterosexuales frente al contrato de matrimonio por el hecho de que las primeras no tienen la capacidad de procrear de un modo natural, se sustenta en una comparación incompleta y sesgada que parte del presupuesto erróneo de que todas las parejas heterosexuales son aptas para procrear. Para que la comparación sea completa e imparcial es necesario incluir todas las variables que

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Monroy Cabra, Marco Gerardo (2009). *Derecho de Familia y de Menores*, Duodécima Edición, Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional LTDA. p. 221.

constituyen las categorías a comparar. Así las cosas, 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.

Efectuadas las anteriores aclaraciones, es procedente entonces precisar que pese a las diferencias existentes entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, ambas se encuentran en una situación análoga en este caso concreto, es decir, respecto a los requerimientos de protección que sólo pueden ser satisfechos mediante la celebración del contrato de matrimonio. Tal 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. Entre tales expectativas, la de poder celebrar contrato de matrimonio ocupa un lugar importante, en tanto se trata de un acuerdo solemne de voluntades que permite que dos personas formalicen jurídicamente su relación y eleven al plano de la obligación jurídica los compromisos de cohabitación, fidelidad y auxilio mutuo. De otra parte, con excepción del fin de la procreación, los otros fines que constituyen el objeto del contrato de matrimonio pueden ser —y de hecho lo 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. Al respecto cabe destacar que de conformidad con la Corte Constitucional, las parejas homosexuales tienen unos requerimientos análogos de protección a los de las parejas heterosexuales porque tienen el mismo valor y dignidad que estas últimas. La Corte ha señalado 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 individual¹⁷, sino que encuentran en la vida de pareja un ámbito imprescindible para su realización. De ese valor igual de las parejas 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*” (art. 7 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

En síntesis, en la medida en que tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales pueden orientarse hacia la consolidación de un proyecto de vida en común con vocación de permanencia, y en que ambos proyectos de vida tienen igual dignidad frente al ordenamiento jurídico, se puede concluir que los dos tipos de pareja se encuentran en una situación asimilable en el caso objeto de la demanda. En efecto, 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.

4. La regulación del matrimonio en el artículo 42 de la Constitución

¹⁷ Como lo había hecho la Corte Constitucional en sentencias como la T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Habiendo demostrado en el apartado anterior que la situación de la pareja homosexual es asimilable en este caso concreto a la de la pareja heterosexual es procedente aplicar el test estricto de proporcionalidad. Sin embargo, antes de hacerlo es preciso enfrentar una posible objeción a la admisibilidad del matrimonio para parejas homosexuales que parecería derivarse de la misma Constitución.

El artículo 42 de la Carta establece que la familia se constituye, entre otros, “*por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio*”. Una posible lectura de esta disposición podría conducir a pensar que la Constitución, al referirse explícitamente al hombre y la mujer, estaría restringiendo 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, una interpretación literal de la expresión en cuestión admite dos posibles entendimientos. En primer lugar, de conformidad con una interpretación literal restrictiva, el artículo 42 implicaría que es obligatorio permitir el matrimonio entre hombre y mujer, pero que además el matrimonio únicamente puede ser contraído por parejas heterosexuales. Según esta interpretación, la Constitución prohibiría cualquier otro tipo de matrimonio que no sea entre un hombre y una mujer. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación literal amplia, la disposición aludida impondría la obligación de consagrar el matrimonio entre un hombre y una mujer, pero dejaría abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico prevea otros tipos de matrimonio.

Aunque *prima facie* ambas interpretaciones resultan razonables, diversas consideraciones hermenéuticas conducen a pensar que la segunda alternativa constituye una interpretación más adecuada del artículo 42. Esto es así por cuanto, en primer lugar, la interpretación restrictiva desconoce que el mismo artículo 42 consagra la posibilidad de que el legislador reconozca y proteja familias distintas de aquellas que surgen del vínculo entre un hombre y una mujer. En efecto, el citado artículo 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*” (subraya fuera de texto). Aunque la Corte ha sostenido en varias ocasiones que la única familia que protege la Constitución es la heterosexual y monogámica, tal consideración no se compadece con una adecuada interpretación literal del artículo 42, ni con una interpretación sistemática de la Carta. La Corte Constitucional en distintos fallos ha reconocido la existencia de tipos de familia diferentes al formado por una pareja monogámica y heterosexual, y ha señalado además la obligación constitucional de protegerlas. Uno de estos tipos de familia reconocido y protegido por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional es aquella conformada por madre o padre cabeza de familia¹⁸. De hecho, el propio artículo 43 de la Constitución consagra una especial protección para la “mujer cabeza de familia”. Otro tipo de familia reconocida por la jurisprudencia de la Corte es aquella conocida como la

¹⁸ Ver, por ejemplo, Sentencia C-184 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda y Sentencia T-290 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

“familia de crianza”¹⁹, categoría en la que se ha incluido a la familia conformada por nietos y abuelos, y por integrantes sin vínculos biológicos. Los anteriores ejemplos ponen en evidencia que la interpretación del artículo 42 que sugiere que la única familia reconocida y protegida por la Constitución es aquella fundada en la unión de la pareja heterosexual contradice no sólo el texto constitucional, sino además la realidad social y cultural del país.

En segundo lugar, el mismo artículo 42 otorga al legislador la potestad de regular “[l]as formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo” (subrayas fuera de texto). Tal potestad, como lo indicamos al referirnos a la procreación como finalidad del matrimonio, está sujeta a los límites impuestos por la Constitución, entre los que se cuentan especialmente los previstos en el propio artículo 42. Según la interpretación restrictiva, uno de tales límites sería que la única forma de matrimonio que puede ser establecida por el legislador es el que se da entre personas de distinto sexo. Bajo esta idea, una norma que consagrara el matrimonio homosexual sería inconstitucional. Sin embargo, dicho entendimiento no resulta adecuado por cuanto, por un lado, tal como lo acabamos de explicar, la Constitución no protege un único tipo de familia, así que al legislador no le está vedado incluir dentro de las formas de matrimonio el que surge de la unión de dos hombres o dos mujeres. Y, por otro lado, porque la interpretación restrictiva del artículo 42 se funda en una comprensión equivocada del tipo de regla que este contiene en relación con el matrimonio. En efecto, dicha interpretación se basa en el supuesto erróneo de que este artículo contiene una regla exceptiva según la cual el matrimonio *únicamente* puede celebrarse entre un hombre y una mujer. Sin embargo, reparando exclusivamente en el tenor de la norma, se advierte que la misma no establece una excepción de la cual se derive la prohibición de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Dado que las excepciones deben ser expresas y que para su formulación es ineludible el uso de adverbios de modo como *únicamente*, *sólo*, *solamente* o, en caso de que la excepción se formule a continuación de una regla general, a través de preposiciones como *excepto* o *salvo*, no es posible sostener que el artículo 42 formula una regla exceptiva o excluyente en relación con las personas que pueden contraer matrimonio. Más adecuada resulta 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. La Corte ha dicho acerca de la diferencia entre reglas exceptivas y reglas especiales que:

[...] la estructura de una regla especial es la siguiente: si ocurre A entonces es obligatorio B. La estructura de una regla exceptiva es diversa pues asume esta forma: si ocurre A, y sólo si ocurre A, entonces es obligatorio B. Por ello, las reglas constitucionales de carácter específico no restringen la actividad legislativa ordinaria sino que consagran una obligación constitucional directa. Nada impide entonces que el Legislador pueda establecer discrecionalmente otros supuestos fácticos a los cuales vincule idénticas consecuencias. Una regla constitucional específica regula positivamente un grupo de hechos y les adscribe una consecuencia, pero no impide que otros hechos, de acuerdo a la

¹⁹ Ver, entre otras, las Sentencias T-495 de 1997, T-592 de 1997, T-292 de 2004 y C-1026 de 2004.

discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para asignarles los mismos efectos²⁰. (subraya fuera de texto)

Como el artículo 42 no contiene una regla exceptiva que prohíba la admisión de matrimonios distintos al heterosexual, sino una regla especial que impide que se niegue el matrimonio a las parejas heterosexuales, mal puede derivarse de él la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. Según una interpretación más adecuada del primer inciso de este artículo, 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. Más allá de este límite, el legislador tiene la libertad de establecer otras formas de matrimonio siempre y cuando estas no desconozcan derechos fundamentales.

Finalmente, la interpretación literal amplia del artículo 42 resulta más razonable por cuanto la restrictiva es incompatible con una comprensión sistemática de la Constitución. En efecto, tal como lo explicaremos en detalle en el siguiente punto al aplicar el test de proporcionalidad, una interpretación que niegue a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio contradice el artículo 13 que establece el derecho a la igualdad, el artículo 14 que consagra el derecho a la personalidad jurídica y los artículos 1º y 16 que respectivamente establecen los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que una interpretación del artículo 42 que derive de este una prohibición constitucional del matrimonio homosexual es una interpretación débil respecto de aquella que niega la existencia de tal prohibición, por cuanto dicha interpretación parte de los supuestos erróneos de que la Constitución protege un tipo único de familia –la heterosexual– y de que el artículo 42 contiene una regla exceptiva en materia de matrimonio según la cual este *únicamente* puede ser celebrado por la pareja constituida por un hombre y una mujer. Tal interpretación resulta débil además porque 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. Dado que no es razonable derivar

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001. En esta sentencia se ahonda en la naturaleza de las reglas especiales, ofreciendo un ejemplo que para el caso resulta ilustrativo: “[l]as reglas especiales son comunes dentro de nuestro ordenamiento, y su interpretación debe pasar por un cuidadoso análisis de su naturaleza, para evitar conclusiones irrazonables. Sería un absurdo por ejemplo, sostener que el artículo 81 de la Carta, al establecer que el ‘Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional’, en realidad está prohibiendo que el Estado regule el ingreso o la salida de otro tipo de recursos naturales. En este punto, el Constituyente tampoco creó una regla exceptiva sino un mandato especial, que desarrolla principios constitucionales, como la protección de la biodiversidad. El artículo 81 elevó a rango constitucional la obligación del Estado de regular el ingreso y salida de recursos genéticos, pero ella no excluye que el Legislador, para proteger el medio ambiente y la biodiversidad, pueda establecer otras reglas similares para otros recursos naturales distintos a los recursos genéticos”.

la existencia de una prohibición constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo, es procedente entonces aplicar el test estricto de igualdad para determinar si, por el contrario, el legislador está en la obligación de permitirlo.

5. Aplicación del test estricto de proporcionalidad al tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales en cuanto a la posibilidad de celebrar contrato de matrimonio

El primer paso del test estricto de proporcionalidad consiste en determinar si el trato desigual obedece a un fin constitucional que sea imperioso y constitucionalmente legítimo. Tal como lo indicamos en el tercer apartado, en la sentencia C-029 de 2009 la Corte Constitucional señaló que *“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”*. 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. Tal apreciación se funda en que el artículo 42 de la Carta alude al matrimonio como fuente de constitución de la familia. Al respecto, la Corte ha señalado que: *“la familia, entendida como vínculo natural, tiene su origen en la unión afectiva que surge entre un hombre y una mujer, mientras que como institución jurídica su fuente de formación es el matrimonio, siendo éste el mecanismo a través del cual la unión es sancionada por el régimen legal”*²¹. La justificación de la exclusión de las parejas homosexuales en virtud de esta finalidad resultaría confirmada 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.

Ahora bien, la valoración de la protección de la familia como fin que justificaría el trato discriminatorio de las parejas homosexuales amerita dos tipos de consideraciones. En primer lugar, 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. En segundo lugar, 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.

En relación con el primer punto, cabe reiterar lo dicho en el anterior apartado 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. En este sentido, si la misma Corte ha

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-821 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

reconocido la protección especial de la familia a estructuras familiares que no encajan en dicho tipo –como la constituida por madres o padres cabeza de familia y la familia de crianza–, no existe justificación para seguir excluyendo a las familias conformadas por personas del mismo sexo de la protección constitucional. Esto por cuanto tal exclusión se ha fundado precisamente sobre la idea errónea de que la única familia merecedora de tal protección es la que surge de la unión de dos personas de distinto sexo. Es por ello que consideramos que esta es una buena 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 familia.

En segundo lugar, en lo que respecta a la consideración del contrato de matrimonio únicamente como un mecanismo jurídico para constituir una familia, cabe resaltar que esta perspectiva desconoce las proyecciones que este contrato tiene en el ámbito exclusivo de la pareja y que tienen sentido con independencia de la catalogación del matrimonio como fuente jurídica de la familia. En efecto, la visión del matrimonio que es propia del Código Civil colombiano se enmarca en la teoría contractualista que afirma la concurrencia de los elementos esenciales de un contrato (voluntad, capacidad, objeto, causa, etc) cuyo perfeccionamiento depende del acuerdo de voluntades de los contrayentes²². La doctrina jurídica contemporánea en materia de derecho de familia 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 histórico²³. Ahora bien, en tanto 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. En relación con el primer aspecto, la Corte Constitucional ha destacado que el carácter más relevante del contrato de matrimonio “*es que surge del consentimiento que deben otorgar los cónyuges, del cual a su vez emanan obligaciones como la fidelidad mutua, que le son exigibles a cada uno respecto del otro y que únicamente terminan con la disolución del matrimonio ya sea por divorcio o muerte*”²⁴. De un modo más amplio la Corte se refirió a las obligaciones de tipo personal que surgen del contrato de matrimonio en los siguientes términos:

En lo que refiere a los efectos personales entre cónyuges, es decir, a los derechos y obligaciones que surgen para los esposos, la ley civil dispone que estos son: la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua. (i) La cohabitación encuentra sustento en el artículo 178 del C.C., tal como fue modificado por el artículo 11 del Decreto-Ley 2820 de 1974, al señalar que, salvo causa justificada, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos el derecho a ser recibido en la casa del otro; (ii) en cuanto a la fidelidad [...] su fundamento legal es el artículo 176 del C.C. en el que se preceptúa “que los cónyuges están

²² Al respecto ver: Parra Benítez, J. (2008). *Derecho de Familia*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, pp. 92 y 115.

²³ Al respecto ver: Monroy Cabra (2009). Ob. Cit., p. 225.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-821 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

obligados a guardarse fe”, o lo que es igual, a ser leales o fieles el uno con el otro; finalmente, (ii) el socorro y la ayuda mutua aparecen consagrados en los artículos 176 y 179 del C.C., en los que se dispone que los esposos están obligados a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, y a subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus capacidades²⁵.

Como puede advertirse, 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. 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.

Ahora bien, si la Corte persiste en negar a la unión homosexual el carácter de familia protegida constitucionalmente, o si decide sostener la tesis de que el matrimonio únicamente puede ser entendido como 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. Sin embargo, aún así este fin resulta insuficiente para justificar el tratamiento desigual dado a las parejas homosexuales. Siguiendo con la aplicación del test estricto, es forzoso concluir que 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. En efecto, 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 este contrato. 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.

Finalmente, la restricción que se deriva 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. De hecho, al tratarse de una restricción inadecuada e innecesaria para lograr el fin que busca, la misma no reporta beneficios concretos. En contraste, 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 puede satisfacerlos, a saber, el contrato de matrimonio.

²⁵ *Ibíd.*

Cabe resaltar que a pesar de que en virtud de distintos fallos proferidos por la Corte Constitucional en los dos últimos años, la situación de las parejas homosexuales ya no corresponde a la de ausencia de reconocimiento y desprotección total que eran las características propias de tal situación antes de dichos fallos, el déficit de protección que existe en virtud de la imposibilidad de celebrar el contrato de matrimonio no puede ser negado. En otras palabras, el hecho de que las parejas homosexuales tengan un mecanismo de protección patrimonial como es el establecido en la Ley 54 de 1990; o que accedan al sistema de seguridad social en las mismas condiciones en que lo hacen los compañeros permanentes heterosexuales; o que puedan gozar en tanto pareja de beneficios civiles y sociales como el patrimonio inembargable de familia, la afectación a vivienda familiar, el subsidio familiar en servicios o el subsidio de vivienda, también en los mismos términos en que lo hacen las parejas heterosexuales, no puede utilizarse como una evidencia para desdecir la existencia de un déficit de protección en este caso concreto. Esto es así, 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 sustentar este planteamiento, a continuación presentaremos cuáles son los elementos de dicho núcleo de protección, para lo cual partiremos de advertir las diferencias del contrato de matrimonio con la figura que resulta más asimilable en el orden jurídico colombiano, a saber, la unión marital de hecho.

La primera diferencia se da respecto al carácter del vínculo que surge en virtud de cada uno de esos dos tipos de unión y las consecuencias que el mismo tiene en el ámbito de las obligaciones personales que asumen los miembros de la pareja. Así, mientras que el contrato de matrimonio genera un vínculo jurídico entre los contrayentes, la unión marital de hecho no. Así lo ha destacado la Corte Constitucional que al respecto ha dicho: “*el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia [...]*”²⁶. 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. Por otro lado, dicha formalización hace que la libertad jurídica para dar por terminada la unión es absoluta en el caso de la unión marital, no así en el matrimonio. Sobre este punto la Corte ha indicado:

los compañeros [en la unión libre] 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. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges²⁷, es menester lograr la declaración

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-533 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁷ Cfr. Código Civil artículo 154 numerales 8° y 9°.

judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia”²⁸.

El hecho de que la cohabitación, la fidelidad y el socorro y ayuda mutua adquieran el carácter de obligaciones jurídicas tiene una repercusión importante en lo que respecta a los efectos del contrato de matrimonio. En primer lugar, el incumplimiento de tales obligaciones constituye una causal de divorcio que puede ser invocada con el objeto de terminar el matrimonio. Y en segundo lugar, la comprobación del incumplimiento de una de tales obligaciones en un proceso de divorcio da lugar a que, aún después de terminado el matrimonio, persistan ciertas obligaciones a cargo del cónyuge culpable (el que con su conducta dio lugar a la configuración de la causal de divorcio) y a favor del cónyuge inocente, como la obligación de prestar alimentos establecida en el numeral 4º del artículo 411 del C.C.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el contrato de matrimonio otorga al compromiso de la pareja un nivel de solidez y de arraigo que no proporciona la unión libre, y que se deriva del carácter jurídico del vínculo que genera dicho contrato. En este sentido, para las personas que pretenden obtener tal nivel de solidez y arraigo en su relación de pareja, el único mecanismo jurídico que puede proteger tal expectativa es el contrato de matrimonio. Sobra señalar que tal pretensión se puede dar en cualquier tipo de pareja, sin que para el efecto tenga importancia el que esté constituida por personas del mismo o de diferente sexo.

La segunda diferencia entre el matrimonio y la unión libre se da en el ámbito patrimonial. De conformidad con el artículo 1774 del C.C, por el mero hecho del matrimonio se constituye la sociedad conyugal que tiene el carácter de sociedad de ganancias a título universal. Por su parte, la Ley 54 de 1990 contempla la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la cual sólo puede ser declarada judicialmente si ha existido la unión material por un lapso no inferior a dos años. En este sentido, los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho están sometidos a condiciones más restrictivas, en cuando dependen de una declaración judicial que a su vez está atada a la verificación del cumplimiento de un requisito en cuanto a la duración de la unión. Por tal razón, el nivel de protección patrimonial que proporciona el contrato de matrimonio es mayor al de la unión libre, en términos de la simplicidad del mecanismo que da origen a ella –basta la celebración del contrato- y de la certeza que se deriva de no estar sujeta a condiciones adicionales para verificar la existencia de la sociedad de bienes.

La tercera diferencia tiene que ver con las implicaciones de las figuras jurídicas en cuestión sobre el estado civil. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia -en un pronunciamiento que es retomado por la Corte Constitucional²⁹- indicó que “[e]n el ordenamiento jurídico colombiano no se ha establecido constitucional ni legalmente, el estado civil de

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-533 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁹ Cfr. sentencia T-167 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

compañero permanente derivado de la unión marital de hecho”³⁰, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, en virtud del cual claramente surge el estado civil de casado. Este aspecto tiene importantes implicaciones en relación con el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución por cuanto el estado civil es un atributo de la personalidad jurídica³¹. Sobre este derecho la Corte ha indicado lo siguiente:

no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica”³².
(subraya fuera de texto).

En el caso del estado civil³³, el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica se manifiesta en la libertad que tienen las personas de escoger dicho estado. En este sentido, el matrimonio no sólo modifica el estado civil, sino que comprueba la facultad de disposición de los particulares en decidir sobre el mismo. La Corte Constitucional ha manifestado al respecto que *“la decisión de optar entre el estado civil de casado, separado o divorciado, así como la relativa a la escogencia entre la opción matrimonial y la unión permanente, corresponde única y exclusivamente a la pareja, tal como resulta del artículo 42 de la Carta Política. Ni el Estado ni los particulares pueden interferir en las determinaciones que las personas adopten en esa materia, según sus propias necesidades y conveniencias*”³⁴. Así pues, si una pareja desea celebrar un matrimonio, no sólo ejerce la autonomía de la voluntad para contraer las obligaciones inherentes a este contrato, sino que también ejerce su derecho a la personalidad jurídica entendido como la facultad de escoger

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0096-01 del 28 de noviembre de 2001, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

³¹ Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: *“la personalidad tiene unos atributos, que implican derechos y obligaciones. Esos atributos son inseparables del ser humano, pues no se concibe, en el presente estado de la evolución jurídica, un ser humano carente de personalidad jurídica. Tales atributos son: a) La capacidad de goce; b) El patrimonio; c) El nombre; d) La nacionalidad; e) El domicilio; y, f) El estado civil, que corresponde sólo a las personas naturales. De lo anterior cabe deducir que cuando la Constitución reconoce a toda persona [...] el derecho a la personalidad jurídica, le está reconociendo esos atributos cuya suma es igual a tal personalidad”*. (Sentencia C-004 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía. subraya fuera de texto).

³² Corte Constitucional, sentencia C-109 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³³ El artículo 1° del Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, reza: *“El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible y la asignación corresponde a la ley”* (subrayado fuera de texto).

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-543 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

libremente el estado civil. En este sentido, impedir que las personas homosexuales opten por el estado civil de casadas vulnera su derecho a la personalidad jurídica.

La última diferencia radica en aspectos puntuales de los efectos de cada unión frente a disposiciones jurídicas que regulan materias diversas. Aunque la Corte Constitucional en varios fallos ha extendido a la unión marital de hecho algunos aspectos que originalmente operaban exclusivamente para el matrimonio, tales como la obligación de prestar alimentos, el delito de inasistencia alimentaria o la afiliación a la seguridad social desde el mismo inicio de la unión, hay otros en los que la Corte se ha negado a efectuar tal extensión bajo la premisa de que “*no es contrario al principio de igualdad que el legislador adopte distintas medidas regulatorias para el matrimonio y para la unión marital de hecho, siempre que éstas tengan un carácter objetivo y razonable y no resulten discriminatorias*”³⁵. Así, en la sentencia C-029 de 2009 la Corte declaró la exequibilidad de una norma que imponía el término de dos años de convivencia para que los compañeros permanentes pudieran acceder a la figura de la afectación a vivienda familiar regulada en la Ley 258 de 1996. Como sustento de su decisión indicó que:

*quien decide acudir a la institución del matrimonio establece un vínculo jurídico que se materializa desde el momento mismo en el que se realiza el matrimonio y del cual se derivan una serie de compromisos y obligaciones. En ausencia de ese compromiso formal, la exigencia de un periodo de dos años para que se haga efectiva la protección prevista en la norma, constituye una medida razonable que busca armonizar la seguridad jurídica frente a necesidad de proteger el patrimonio o la vivienda de las familias o de las parejas*³⁶.

Con base en un fundamento similar, en la misma sentencia la Corte declaró la exequibilidad de la norma que dispone la sujeción al término de dos años de convivencia para que haya lugar al delito de inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes. Estos dos casos ilustran que el contrato de matrimonio dota a los contrayentes de ciertas prerrogativas de las que no son titulares los compañeros permanentes. Así, mientras los esposos pueden acceder a la afectación de la vivienda familiar una vez celebrado el contrato de matrimonio, los compañeros permanentes tienen que esperar que transcurra el término de dos años. En igual sentido, el incumplimiento de la obligación alimentaria sólo puede dar lugar al delito de inasistencia alimentaria después de que hayan transcurrido dos años de unión en el caso de los compañeros permanentes, mientras que en el caso de los esposos la configuración del delito no está sujeta al transcurso de ningún lapso. Ahora bien, aunque tales distinciones resultan justificables en el caso de los compañeros permanentes heterosexuales en la medida en que ellos, pudiendo casarse, han optado por la constitución de un 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.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-821 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De conformidad con las especificidades del contrato de matrimonio advertidas en los párrafos anteriores, es claro que este proporciona un núcleo de protección que no provee ninguna otra figura jurídica, en especial la unión marital de hecho que es la que más se le asemeja, y cuya regulación jurídica se aplica a las parejas homosexuales en virtud de lo establecido en la sentencia C-075 de 2007. Tal núcleo de protección está constituido por (i) el carácter jurídico del vínculo que surge en virtud del cual los compromisos morales de la pareja se elevan a la categoría de deberes jurídicos y la libertad para dar por terminada la unión es restringida; (ii) el mayor grado de protección patrimonial en relación con la sociedad de bienes que se constituye por el solo hecho de celebrar el matrimonio; (iii) la modificación del estado civil en tanto ejercicio del derecho a la personalidad jurídica; y (iv) mayores facilidades en el acceso a prerrogativas como la afectación a vivienda familiar, o la posibilidad de denunciar penalmente el incumplimiento de la obligación alimentaria. En este sentido, al impedir que las parejas constituidas por personas del mismo sexo contraigan matrimonio 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.

Ese déficit de protección comporta una violación al derecho a la igualdad (artículo 13 C.P) de las personas 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. Al respecto cabe destacar que si bien el legislador goza de un margen de libertad en la determinación del tipo o grado de protección que requieren grupos de personas que se encuentran en situaciones asimilables, el juez constitucional es competente para determinar *“(i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido”*³⁷ (subraya fuera de texto). Es claro que en este caso el déficit de protección obedece a una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida es que es precisamente en el carácter homosexual de la pareja que se funda la imposibilidad de celebrar el contrato de matrimonio.

Este déficit genera también una vulneración del derecho a la personalidad jurídica (art. 14 C.P), tal como lo mostramos en los párrafos anteriores, y de los derechos a la dignidad (art. 1º C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de las personas homosexuales. El artículo 113 del C.C vulnera la dignidad humana de los homosexuales en la medida en que establece una distinción injustificada entre la opción heterosexual y homosexual, reduciendo con ello la posibilidad de desplegar plenamente su opción de vida. En cuanto al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) la Corte ha sostenido que existe una vulneración a este derecho *"cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las*

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano*³⁸. En tal sentido, restringir la posibilidad de las personas homosexuales de escoger el carácter que en el nivel jurídico le quieren dar a su proyecto de construcción de vida en el ámbito de las relaciones de pareja limita sus opciones de realización personal. Al respecto, la Corte ha sostenido que las restricciones al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas, sino que además no pueden anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. Según la Corte *“de allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo (CP art. 7º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16º), ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral”*³⁹. Así, la imposibilidad de que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio afecta no sólo su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), sino que además desconoce el pluralismo que la Carta ordena proteger (art. 7º CP). En efecto, y tal y como la Corte ha señalado con claridad, algunas manifestaciones de diversidad se encuentran amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo por lo cual son *“insuprimibles por la voluntad democrática”*. Una de tales manifestaciones es sin lugar a dudas la opción por una preferencia sexual, que al ser una decisión soberana del individuo, *“no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social”*⁴⁰.

De conformidad con lo anterior, es claro 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 de tal 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.

Conclusión y pretensión

En tanto la definición de la procreación como finalidad del matrimonio vulnera los derechos a la autonomía reproductiva (Art. 42 CP), a la intimidad personal y familiar (Art. 15 CP) y al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP) de las personas que deciden contraer matrimonio, y especialmente de la mujer, estimamos que la expresión *“de procrear”* contenida en el artículo 113 del C.C debe ser declarada inexecutable. Igualmente consideramos que el trato diferenciado que se deriva del artículo 113 del C.C, en cuanto impide que las parejas constituidas por personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil, vulnera los derechos a la dignidad humana (Art. 1º CP), a la igualdad (Art 13 CP), a la personalidad jurídica (Art. 14 CP) y al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP) de

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

las personas homosexuales, razón por la cual consideramos que la expresión “*un hombre y una mujer*” contenida en el artículo acusado también debe ser declarada inexecutable o, en su defecto, se debe condicionar su executable bajo el entendido de que la misma no impide que una pareja constituida por personas del mismo sexo celebren el contrato de matrimonio.

De la Honorable señora Magistrada Ponente y de los Honorables señores Magistrados,

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

Felipe Arias Ospina
C.C. 1.020.746.395 de Bogotá

Nelson Camilo Sánchez León
C.C. No. 11.203.155 de Chía
Investigador
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Juan Miguel Eslava Lozzi
C.C. 1.020.722.922 de Bogotá

Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
Centro de Estudios de Derecho,
Justicia y Sociedad DeJuSticia

Juliana Emilia Galindo Villarreal
C.C. 1032.424.881 de Bogotá