

# LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL MARCO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ\*

 <https://orcid.org/0000-0002-4681-6625>

## INTRODUCCIÓN

El presente capítulo pretende dar cuenta del desarrollo jurisprudencial de los derechos de las parejas del mismo sexo en relación con el derecho a la igualdad y el principio democrático frente a los derechos fundamentales. Para ello se realizan unas primeras aproximaciones conceptuales a la igualdad, seguidamente se hacen algunas consideraciones metodológicas relevantes sobre

\* Doctorando en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Máster in Global Rule of Law de la Università degli Studi di Genova (Italia). Abogado y agíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Profesor investigador de Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali.

 [eclosion@hotmail.com](mailto:eclosion@hotmail.com).

### Cita este capítulo:

Gómez Martínez, D. L. (2021). Los derechos de las parejas del mismo sexo en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana. En: Solís Bastos, L. P., Gómez Martínez, D. L. y Molina Hincapié, S. (Coords. académicos). *El derecho al amor, el reconocimiento de las uniones diversas en Colombia y Costa Rica* (pp. 137-210). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <https://dx.doi.org/10.35985/99789585134812.5>

Recepción/Submission: Mayo (May) de 2021.

Aprobación/Acceptance: Julio (July) de 2021.



la aplicación del derecho a la igualdad que incluyen una breve referencia al principio democrático. Luego se aborda el tema de los derechos de las parejas del mismo sexo en el Derecho Internacional y se hace una breve referencia a la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al caso Atala. Finalmente se realizan unas conclusiones sobre lo analizado.

## **1) APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y DOCTRINARIA AL DERECHO A LA IGUALDAD**

El derecho a la igualdad, sin lugar a dudas, es uno de los pilares que sostiene el Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que este derecho marca una de las pautas deontológicas y teleológicas que las constituciones consagran con el fin de buscar formal y materialmente la igualdad de todas las personas frente al orden jurídico y las instituciones estatales. Por ello es bien sabido que tanto en el modelo de Estado de Derecho, como en el del Estado Social y en el del Estado Constitucional se caracterizan por la proclamación según la cual *todas las personas son iguales ante la ley*. Siendo dicha proclama meramente formal en el primer modelo, mientras que en el segundo y en el tercero es material o por lo menos se puede afirmar que existe un serio compromiso institucional y social por esa materialidad.

No obstante, aunque bien conocido y aceptado, el derecho a la igualdad no es siempre bien comprendido, pues en algunas ocasiones se termina equiparando la igualdad jurídica por fuera de su contexto y, así, se termina por tergiversar el mensaje de la igualdad. Por ello es importante contextualizar el derecho a la igualdad desde un punto de vista analítico y conceptual. Para analizar la igualdad es necesario observarla en los diferentes contextos en el que se usa el vocablo, como por ejemplo en espacios formalizados, descriptivos y prescriptivos (Comanducci, 2010, p. 8).

De esta manera en contextos formalizados, como en la lógica, la matemática o la geometría, la igualdad se refiere a la indistinguibilidad de las características de ciertos cuerpos o entes. Así, en estos contextos, la igualdad, se presenta a través del principio de identidad que pre ordena toda posibilidad de reflexión, por ejemplo en representaciones como  $1+3=4$ , la igualdad es una relación de identidad, o sea, lo igual es una muestra de lo idéntico y debe coincidir como tal. Lo igual, en este enfoque es, sin discusión: idéntico. (Comanducci, 2010, p. 8); en esta perspectiva no se puede entender la igualdad jurídica, el derecho a la igualdad no se resuelve en relaciones de identidad, por ello debe afirmarse que la cláusula según la cual todos somos iguales ante la ley, no refiere a juicio de identidad.

Ahora bien, en contextos descriptivos en los que siempre se tienen referencias empíricas que son analizadas a través de la observación, la igualdad opera como un concepto que se usa para describir o construir relaciones comparativas entre objetos que no son idénticos, pero que tienen una característica importante entre ellos, por tanto en estos contextos los juicios de igualdad, no son juicios de identidad y, por ejemplo, afirmar que dos objetos son iguales no quiere decir que sean idénticos. Por ejemplo, se pueden tener dos vasos que se presentan como tal, que por lo menos tienen una característica importante en común, pero que también tienen algunas diferencias y, sin embargo, se puede realizar válidamente un juicio que admita su igualdad, pero no se tratará de igualdad entre idénticos, sino entre semejantes. Lo que permite afirmar que en estos contextos los juicios de igualdad son, en realidad, juicios de semejanza y no juicios de identidad. Un juicio de semejanza, según lo anterior, puede expresarse bajo la fórmula  $a=b$ , siendo que  $a$  y  $b$  son distintos, pero resultan semejantes en características comunes e importantes, v.g.: son letras (Comanducci, 2010, p. 9); en la igualdad jurídica, en cierta medida se hacen juicios

de semejanza. La igualdad ante la ley refleja una semejanza en situaciones particulares y en relación con la ley.

Sin embargo, la igualdad jurídica o mejor los juicios de igualdad jurídica se desarrollan mejor en contextos prescriptivos. En estos el uso del concepto de igualdad se torna como unitario, pero a su vez permite la confluencia de varias concepciones, por ejemplo con contenido normativo, de estructura común, puramente formal, semánticas o prescriptivas propiamente dichas. Esto muestra que en contextos prescriptivos la igualdad es reconocida por todos como una misma cosa y, a su vez, se entiende de maneras distintas en situaciones y para personas diferentes. Por lo que, desde luego, se recurre a la fórmula según la cual se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; sin embargo esta fórmula es puramente formal y opera como significante vacío, es decir, no dice nada hasta tanto no sea llenada de contenido, esto es, hasta tanto no se diga quienes son los iguales y quienes son los diferentes respectivamente; y en qué resultan ser iguales y en qué diferentes (Comanducci, 2010, p. 11).

La gramática de la igualdad o el uso semántico del mismo refieren así a contextos dispares que justifican esas distinciones. La igualdad jurídica y sus juicios refieren a situaciones especializadas en el discurso del Derecho que han sido aclaradas por algunos teóricos del derecho como Riccardo Guastini. Él, por ejemplo, sostiene que los juicios de igualdad se enuncian a través de formas más o menos estandarizadas como X es igual a Y o A no es igual B. Importante es destacar que dichos juicios se presentan en el discurso *del* derecho o en el discurso *sobre* el derecho. Típicamente el discurso de las fuentes formales y el discurso doctrinal proponen usos del término igualdad solo en contextos de juicios de similitud o de analogía (Guastini, 1999, p. 193).

En relación con el lenguaje igualitario de las fuentes formales del derecho es importante resaltar que este se comunica a través de una norma de igualdad que, puesta en una Constitución, se dirige al legislador o a los jueces. Esta norma de igualdad, es importante reconocerlo, es una verdadera metanorma del ordenamiento que no tiene como fin regular o moldear en forma directa conductas humanas, sino que más bien lo que hace es regular la producción o aplicación de otras normas de inferior jerarquía (igualdad como valor). Cuando por ejemplo la Constitución se refiere a la igualdad *en la ley*, esta una metanorma que regula sustantivamente el proceso de configuración legislativa. Pero si se hace referencia a una igualdad *ante la ley*, como en el caso de al artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, se constituye, en realidad, en una metanorma sobre la aplicación de la ley (Guastini, 1999, p. 194).

En todo caso, la metanorma de igualdad presenta siempre un rasgo formal, pues a decir verdad la igualdad formal y la igualdad jurídica son la misma cosa, pues la norma queda dotada de juridicidad si es válida en el sentido procedimental del término, pero ello no implica que sean inexistentes o inválidos los juicios de igualdad sustancial. Estos juicios ya no son formales y por ende en cierta medida separan la letra de las fuentes formales (es el típico caso de los derechos de la comunidad de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGBTI) o de las parejas del mismo sexo), ya que por ejemplo cuando se trata de juicios de igualdad de individuos o de clases de individuos, se puede decir que son sustancialmente iguales, aunque sean diferentes, y por tanto deben tratarse del mismo modo, prescindiendo de las diferencias; desde luego que aquí las razones ya no serán solamente jurídicas, sino como dice Guastini son directivas de política jurídica que prescriben alguna decisión al intérprete según el caso que se presenta (ibíd., 1999, p. 197).

La igualdad sustancial, es importante decirlo, es un tipo de igualdad que se sustenta desde una concepción liberal de la igualdad. Esta concepción no debe ser confundida con el concepto de igualdad que hace referencia a la igualdad formal que se institucionaliza a través de las reglas del ordenamiento, dictadas por los órganos competentes. Contrario sensu, la igualdad liberal o sustancial es una concepción universal que refiere a los sujetos iguales del liberalismo, es decir, todo los seres humanos en su totalidad, pero solo respecto a sus derechos, deberes y libertades fundamentales, pues los demás aspectos se otorgan según estatutos, merito o necesidad (Comanducci, 2010, pp. 16-17).

De esta manera se distingue en el uso del vocablo igualdad en sus diferentes contextos y se identifica cuáles de ellos son relevantes para el derecho. Además de esto, el concepto de igualdad debe determinar cuándo se está frente a una igualdad neutra o frente a una igual injusta, ya que hay formas de igualdad deseables y otras indeseables. Para ello hay que diferenciar entre dos tipos “básicos de reglas de igualdad, que podríamos denominar transitivas y no transitivas: mientras estas últimas prescriben derechos y deberes de manera categórica por ejemplo, (“Toda persona tiene derecho a un juicio justo”), las primeras prescriben un trato igual para una categoría de personas sólo en la medida en que ese trato se otorgue a otra categoría por ejemplo, (“Si la oferta de la empresa X da derecho a recibir una licencia pública de radio, también lo debe dar cualquier oferta igual de otras empresas”). En el primer caso la igualdad aparece como netamente deseable respecto de un determinado tratamiento, mientras que en el segundo, en cambio, su valoración es neutra, satisfaciéndose la igualdad tanto con un tratamiento positivo como con uno negativo, siempre que afecte a todas las partes. En este último tipo de casos, por tanto, resulta indiferente en términos de justicia que la igualdad se restablezca por supresión del privilegio a la parte beneficiada en exclusiva

como por la generalización del beneficio mediante su atribución a todos los considerados iguales” (Ruiz, 2003, pp. 53-54).

Ahora bien, dentro de sus propiedades definitorias estrictamente jurídicas, la Corte Constitucional ha dicho claramente que la igualdad puede ser entendida como un valor, un principio o un derecho (C-520: 2016). Siguiendo esta racionalidad triádica la Corte ha manifestado que la igualdad es una norma que fija fines y propósitos constitucionales que de manera obligatoria deben cumplir las autoridades públicas como el legislador o los jueces. De esta manera la igualdad fija patrones de interpretación y de argumentación que orientan la racionalidad del Estado conforme a la teleología propia de sus fines esenciales y el respeto por la dignidad humana y las garantías fundamentales.

La igualdad entendida como valor se presente como criterio orientador finalista en la interpretación judicial y en la labor del legislador, ya que como valor constitucional la igualdad debe ser entendida como uno de los puntos importantes que determinan la configuración legislativa y el ejercicio de la función judicial que llegue a concretarse, por ejemplo, en una sentencia. Es importante decir que la igualdad como valor no es norma de aplicación directa, sino que es una norma que se propone solo como un fin a alcanzar, por medio de la concreción de los principios, las reglas y los derechos constitucionales (Nino, 2005, pp. 411-412).

Por ello, la Corte Constitucional ha dicho que la igualdad, entendida como un principio, debe ser comprendida como un mandato de optimización el cual debe aplicarse de la mayor manera posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. De esta manera, la igualdad como principio permite que los órganos del Estado introduzcan reglas concretas que permitan llevar a la efectividad el derecho a la igualdad como mandato optimizador,

por ello “la igualdad se manifiesta en una potestad o facultad subjetiva que impone deberes de abstención como la prohibición de la discriminación, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta” (C-104: 2016).

De lo anterior se desprende la idea de la igualdad como derecho, toda vez que supone, como en todo derecho, correlativas obligaciones y la existencia de sujetos activos y pasivos de una relación jurídica. De ahí que la igualdad como derecho encuentre sustento en la tesis de los derechos subjetivos, la cual propone fundamentalmente un contexto relacional subjetivo en el que se desarrollan el derecho y su correlativa obligación, la cuales se implican en esa relación, es decir, todo derecho supone la existencia de una obligación y toda obligación supone la existencia de un derecho. Por este motivo ha dicho la Corte Constitucional que el derecho a la igualdad debe aplicarse,

*conforme al grado de semejanza o de identidad, se pueden precisar en cuatro reglas: (i) la de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) la de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) la de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas más relevantes que las primeras. Por último, en atención a su carácter relacional, el análisis de la igualdad da lugar a un juicio tripartito, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del supuesto o régimen jurídico respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración*



*del principio de igualdad. Por ello, ante la dificultad de este examen, la Corte suele emplear herramientas metodológicas como el juicio integrado de igualdad (C-104: 2016).*

Como es claro, entonces, para la Corte Constitucional (C-179: 2016) la igualdad como valor es criterio orientador de la racionalidad interpretativa de los órganos del Estado. Como principio es un mandato de optimización que se concreta en ciertas reglas que determinan la función legislativa, judicial y administrativa del Estado. Y, entendida como derecho, la igualdad supone las existencias de mandatos (como principios o reglas) que implican obligaciones en el contexto de una relación jurídica subjetiva entre personas; para la Corte, es importante resaltar que la aplicación de la igualdad implica la observancia de criterios metodológicos, como los test de igualdad, de los cuales diremos lo propio en la sección siguiente.

Así las cosas, es importante destacar en pro de esta conceptualización que el Derecho a la igualdad se desenvuelve desde su óptica material en el Estado Social de Derecho. Mientras que en su visión formal tiene ocasión en el Estado de Derecho. Aspecto con el cual es posible, inclusive, distinguir estos dos modelos de Estado. Pues en el Estado Social de Derecho nos encontramos frente a un establecimiento que fija sus metas con arreglo a fines y que, así mismo, no se contenta con la reglamentación normativa de las garantías básicas de sus ciudadanos, sino que se fija ejes programáticos para llevarlas a la realidad, para ponerlas en marcha en la existencia de la gente. Mientras que el Estado de Derecho se caracteriza, por ser aquel Estado que solo consagra formalmente dichas garantías sin esmerarse por llevarlas a la práctica (Parra, 2012, pp. 13-14).

Por ello, debe comprenderse en el contexto colombiano, el derecho a la igualdad desde una óptica material, en razón a que como lo regula claramente el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia, nuestro establecimiento es un Estado Social de Derecho, lo que desde luego tiene esa implicación. Como afirma el profesor Carlos Parra (2012, p. 16) la definición de Estado Social de Derecho establece que bajo este modelo de Estado el establecimiento está obligado a brindar a la sociedad seguridad jurídica en sentido amplio, es decir, asegurar materialmente las circunstancias esenciales de la existencia, toda vez que los asociados pueden vivir en condiciones dignas en las esferas básicas de la vida. De tal forma que en el contexto del Estado Social de Derecho el establecimiento está obligado combatir la desigualdad y a tratar de asistir y/o proteger a aquellas personas que se encuentren en situaciones sociales desfavorables.

Por ello, la cláusula de Estado social de Derecho debe comprenderse como un principio de rango constitucional en cual se encuentran implícitos una serie de fines esenciales, deben interpretarse por parte de quienes conforman el poder público como obligatorios a la hora de legislar, administrar o impartir justicia. En este orden de ideas el legislador debe dictar leyes orientadas hacia la justicia social, política y económica. Esto, por supuesto, implica que no solo el Estado sino también la sociedad actúe bajo el mandato de la dignidad humana, el cual implica que el hombre es un fin en sí mismo y, por ende, no es un medio para un fin, es decir, el hombre no puede ser cosificado o reducido a la categoría de objeto al punto de menguar o desconocer su autonomía y su libertad; por tanto la dignidad humana permea la vida misma de este imperativo, razón por la cual el Estado debe garantizarle a las personas el mínimo vital, construir condiciones para que los asociados puedan ser libres en igualdad e iguales en libertad en una lógica en la cual puedan gozar

materialmente de los derechos fundamentales y de los derechos sociales, económicos, sociales y culturales y del medio ambiente reglados en carta política (Parra, 2012, p. 17).

Por tal motivo la cláusula de Estado Social de Derecho implica una consagración y aplicación del principio y del Derecho a la igualdad “en sus múltiples manifestaciones, incluyendo la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución Política), representa la garantía más tangible del Estado Social de Derecho para el individuo o para grupos de personas expuestos a sufrir un deterioro, donde todas las personas merecen la misma consideración y respeto. Es a partir precisamente del artículo 13, en concordancia con los (artículos 1, 2, 11 y 85 de la Constitución Política), que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el mínimo vital, el cual adquiere especial relevancia en el contexto de la intervención del Estado en la economía, en virtud del artículo 334 Superior” (Parra, 2012, p. 21).

Por último, es relevante decir que la cláusula de Estado Social de Derecho en concordancia con la igualdad, la libertad, la dignidad humana y los derechos básicos en general no implican solo decisión jurídica, sino también una decisión política generadora de justicia social, es decir, el hecho que la Constitución Política consagre mandatos como el de igualdad y que el Estado de Derecho por ser social deba ponerlos en práctica implica también que los jueces y en general los órganos del Estado debe comprometerse con algo que la aplicación de las normas, o sea, deben optar por un compromiso por la justicia social, entendida como la realización de actos tendientes a eliminar la brecha de la desigualdad y la falta de oportunidades en la vida en sociedad (Parra, 2012, p. 30).

Por ello la justicia social no puede ser entendida como un mero programa político de cumplimiento discrecional por parte del Estado en general y por parte de la jurisdicción constitucional en particular, pues el juez constitucional no puede ignorar lo que la sociedad concibe como justo o injusto o como políticamente correcto o incorrecto, porque él en su labor judicial debe orientarse necesariamente por los principios y valores constitucionales que el poder constituyente ha dejado plasmados en la carta magna, pues esos valores y principios constituyen un legado social, cultural, económico y político que determina la interpretación del ordenamiento jurídico y los problemas sociales que deben ser resueltos a luz del sistema constitucional (Parra, 2012, p. 31); justamente esto es lo que ha hecho la Corte Constitucional.

## **2) EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EN LA DOCTRINA**

El derecho a la igualdad es una de las positivizaciones más antiguas de la modernidad. En junio 12 de 1776 fue reglamentado en la Declaración de Derechos de Virginia. Luego en 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 1 diría que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales pueden fundarse en la utilidad común”. Cabe recordarse también que la igualdad encuentra regulación en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando esta manda que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley”. De la misma forma el Protocolo de San Salvador complementa tal reglamentación al consagrar la obligación de no discriminación en su artículo 3. De esta manera la igualdad ha sido una exigencia internacional desde aquellos tiempos, sin embargo puede decirse que su eficacia ha

sido lenta y progresiva en Europa y el resto del mundo. En países latinoamericanos se ve también una creciente fuerza en materia de igualdad sin embargo son construcción social ha sido aún más lenta que en Europa y Norteamérica. Por ejemplo,

*En Colombia este derecho ha sido incluido en la mayoría de constituciones. Sin embargo, la Constitución de 1886, de mayor vigencia en el país, no previó expresamente a la igualdad como derecho, teniendo que ser deducido por vía jurisprudencial [...] lo que en la práctica restó eficacia al derecho durante 105 años, hasta el punto que la Corte Suprema de Justicia lo tratara solamente en nueve fallos y el Consejo de Estado en tres fallos de nulidad durante el mismo periodo, todo lo cual contrasta con el trabajo de la Corte Constitucional, en el que uno de cada diez asuntos trabajados, tiene que ver con el derecho a la igualdad. Bien puede concluirse entonces que durante la Constitución de 1886, el de igualdad fue un derecho normativamente inexistente y mínimamente protegido por los jueces (Quinche, 2009, p. 207).*

Ahora bien, en tiempos de la Constitución Política de 1991 debe decirse que el derecho a la igualdad ha sido parte de la columna vertebral que sostiene el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Puede decirse que toda sociedad institucionalizada y por ende regida por un ordenamiento jurídico tienen como razón la salvaguarda de un criterio de justicia, el cual encuentra fundamento en que sus integrantes sean tratados, en relación con el reparto de beneficios y cargas públicas, en forma equitativa de tal forma que tengan oportunidades paritarias para el ejercicio de sus derecho constitucionales; en este sentido el Derecho a la igualdad implica ciertos deberes que el Estado y los particulares deben observar.

Estos deberes que se inspiran, en una igualdad en la ley y un igualdad *ante* la ley han ido entendidos en la jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional a través de cuatro mandatos que han dotado de sentido al artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. Estos mandatos se conocen como,

*1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandado de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud) (Sentencia C – 022, 1996).*

Tal como se ha reconocido estos cuatro mandatos que dotan sentido al derecho a la igualdad ostentan dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva, que se relacionan directamente con el ámbito de su regulación y aplicación. Desde el punto de vista subjetivo la igualdad se comporta precisamente como un derecho que otorga ciertas prerrogativas a su titular que le permiten realizar exigencias al Estado y a los particulares tendientes al cabal cumplimiento de los mandatos que implican la existencia de la igualdad como principio fundamental del Estado y como derecho constitucional básico de una sociedad democrática.

Ahora bien, desde la óptica de su objetividad el principio y el derecho a la igualdad se regulan teniendo en cuenta dos tipos de fundamentos. Por un lado la regulación constitucional tiene en

cuenta que la igualdad debe manifestarse *ante la ley y en la ley*. Lo que implica que los mandatos del derecho a la igualdad deben ser eficaces en la lógica judicial y administrativa del Estado Constitucional (igualdad ante la ley) y, también, que actuando como derecho subjetivo esa eficacia tenga efectos que se concreten en las actuaciones del legislador (igualdad en la ley) (Quinche, 2009, p. 258).

Así las cosas, el contenido del derecho a la igualdad ordena, a grandes rasgos, que en el Estado Constitucional es imperativa la idea una igual consideración y respeto en relación con el trato que las personas deben recibir de las autoridades y los particulares, lo que desde luego impone un deber de justificación cuando se realizan actos discriminatorios o se presenta diferencias de trato; sin embargo este estado de cosas no ha sido siempre así. Cabe recordar que,

*Inicialmente en la época del liberalismo y la primera formulación de derechos individuales, el derecho a la igualdad resultaba ser una simple declaración abstracta, que contenía la formulación general según la cual, todos los individuos eran libres e iguales ante la ley, sin importar que en términos reales no los fueran o que fuesen tratados con diferencia. Sin embargo y a partir de la formulación de las ideas socialistas, se determinó que el eje de la igualdad no estaba en la declaración abstracta de ser iguales, sino en el derecho a ser tratado con igualdad, y en un plano más profundo, el derecho a la igualdad de oportunidades. Así, a la vez que se proscribían las diferencias de trato no justificadas, se obligaba a establecer diferencias de trato que ayudaran a disminuir las condiciones sociales de desigualdad respecto de grupos históricamente discriminados, como los indígenas, las mujeres, los afroamericanos o los pobres, por medio de las llamadas acciones de discriminación afirmativa, así como*

*de las personas en estado de discapacidad. A la base de este derecho se encuentra el principio de dignidad humana, que proscribela diferencia de trato y la discriminación. (Quinche, 2009, p. 138)*

Si observa con atención el artículo 13 de la Constitución Política puede verse con claridad que la formulación allí planteada es consistente con la segunda etapa de la existencia del derecho a la igualdad, es decir, aquella que hace gala de las ideas socialistas que imprimieron en el Estado Constitucional la garantía de eficacia de los derechos fundamentales. Por ello el enunciado normativo contenido en el citado artículo no se limita a una sola consagración abstracta sino que refiere a deberes de protección, promoción y trato igualitario, consagrando para ello criterios objetivos de discriminación que refuerza con el criterio genérico de debilidad manifiesta para terminar ordenando perentoriamente un deber de sanción contra quienes cometan abusos o maltraten de alguna forma la dignidad de estas personas o de grupos históricamente marginados.

No obstante, debe decirse que la formulación del artículo 13 se entiende ora como principio ora como derecho, constituye un enunciado normativo demasiado abierto, razón por la cual se suelen presentar varios problemas interpretativos al momento de su comprensión y aplicación, sobre todo cuando se trata de los mandatos tercero y cuarto que se dejaron enunciados arriba. Con otras palabras, cuando se trata de un *trato igual a pesar de la diferencia* o de un *trato diferente a pesar de la similitud* el debate se torna fuerte y profundo a la hora de justificar la aplicación de estos criterios a un caso concreto, como por ejemplo, el caso de la comunidad LGBTI o el caso de las parejas del mismo sexo, pues suele ser bastante controvertido el argumento según el cual el artículo constitucional citado impone, por ejemplo, tratar igual



a las parejas homosexuales y a las parejas heterosexuales siendo que estas y aquellas son bien diferentes y, por tanto, no deberían gozar de los mismos derechos. De estos nos ocuparemos mas adelante. Por ahora cabe resaltar que,

*estos dos últimos mandatos conforman el eje de la definición del principio de la igualdad en la Constitución colombiana. El artículo 13 establece el mandato de trato paritario en su inciso 1º, y en sus incisos 2º y 3º el mandato de trato diferenciado. En el lenguaje de la Constitución, mientras el mandato de trato paritario se denomina prohibición de discriminación-correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho-, el mandato de trato diferenciado recibe el nombre de deber de “promoción” y de “protección” de los desfavorecidos, que corre a cargo del Estado (Bernal, 2005, pp. 258-259).*

De esta manera conviene decir, también, en relación con el deber de promoción y la prohibición de discriminación que se trata de enunciados normativos indeterminados, pues como puede evidenciarse de la lectura del artículo 13 no se puede establecer de manera concluyente cuando un trato es discriminatorio y cuando el Estado vulnera por acción o por omisión los mencionados deberes de protección y promoción. Lo que permite decir que, por un lado, la indeterminación del artículo 13 es semántica, lo que implica desde el punto de vista de la interpretación, que ese enunciado es un marco abierto a varias posibilidades, lo que permite un amplio margen de aplicación. De otro lado, puede decirse que el artículo también posee un tipo de indeterminación estructural, toda vez que no determina qué tipo de medidas son válidas, obligatorias o posibles constitucionalmente, es decir, la Constitución no consagra en forma definitiva que estrategias deben ser adoptadas por el Estado para cumplir con los mandatos establecidos y así proteger el derecho a la igualdad (Bernal, 2005, p. 260).

En razón de esta indeterminación es claro que le corresponde a la Corte Constitucional determinar y delimitar el contenido de dicho artículo, realizando su concreción a través de la formulación y fundamentación de normas adscritas a ese enunciado normativo, las cuales constituyen el deber ser implícito en los artículos de la Constitución teniendo las determinaciones fácticas de cada caso concreto. En el caso del derecho a la igualdad estas normas adscritas tendrán la función de concretar cuando un trato diferenciado está ordenado, permitido o prohibido por la Constitución y cuando debe procederse o no a un trato igualitario. Para hacer esto es claro que la Corte tendrá que cumplir con fuertes cargas de argumentación que respeten exigencias de racionalidad y corrección, pues las normas adscritas no pueden ser el resultado de actos de poder o de argumentos de autoridad carentes de fundamentación, pues la Corte no está legitimada para adscribir normas que no estén basadas en la Constitución y el orden jurídico. De ahí que toda fundamentación que se juzgue correcta debe estar fincada en el marco constitucional (Bernal, 2005, p. 261). ¿Cómo logra la Corte establecer de manera correcta los criterios fundamentación de los tratos diferenciados?

*Este es uno de los problemas claves de la interpretación del principio de igualdad. La necesidad de solucionarlo ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina de los países cuyas instituciones tipifican este principio a desarrollar diversos criterios para identificarlo. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal acogió durante muchos años la solución propuesta por Leibholz y Triepel en la época Weimar, según la cual “se vulnera el principio de igualdad [...] cuando la disposición [que se enjuicia] debe ser catalogada como arbitraria”. Según esta antigua fórmula, la interdicción de la arbitrariedad debía ser considerada como el criterio para determinar el contenido del principio*

*de igualdad en casos concretos. No obstante, a partir de la sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, del 7 de octubre de 1980, esta antigua fórmula fue reemplazada por una nueva, según la cual se vulnera el principio y el derecho a la igualdad “cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar el trato diferente”. En esta nueva fórmula, el principio de proporcionalidad es el criterio para determinar el principio de igualdad. Mediante dicho principio se determina si el tipo y el peso de las diferencias que existen entre los grupos de destinatarios implicados en el caso justifican el trato diferente de unos en comparación con el de otros (Bernal, 2005, p. 261).*

## **2.1. El juicio de igualdad según la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha venido empleando diferentes criterios metodológicos para interpretar y aplicar el derecho a la igualdad (Sentencia, C – 179: 2006). Esos criterios metodológicos han sido denominados por la Corte como test de igualdad o juicio de igualdad. En su jurisprudencia pueden reconocerse tres tipos de test de igualdad. Dos han sido recepcionados de Europa (el test de razonabilidad y proporcionalidad) y Estados Unidos de Norteamérica (el juicio de tres tipos de escrutinios de igualdad) y, un tercer test, que ha sido creado por la Corte cuando esta trató de conciliar el test europeo y el norteamericano (el juicio integrado de igualdad).

Es importante resaltar que la Corte ha conciliado en intento por crear mejor o más adecuado a nuestro contexto, sacando lo mejor

o más útil del test europeo y norteamericano y, a decir verdad, el alto tribunal en ocasiones ha preferido aplicar el modelo europeo (T-230 de 1994) y en otras ocasiones ha aplicado el modelo norteamericano (C-563 de 1997). Sin embargo, como afirma el profesor (Parra, 2012, p. 99) la Corte no ha dado muchas explicaciones sobre por qué varía la aplicación de esos test y sobre cuales situaciones debe preferirse uno u otro test, lo que sin duda constituye una barrera comprensiva que dificulta entender el aspecto pragmático de dichos métodos de aplicación del derecho y del principio de igualdad.

## ***2.2. El Test de igualdad europeo usado por la Corte***

El primer criterio metodológico de aplicación del derecho a la igualdad puede observarse en un fallo temprano de la Corte (C – 022: 1996). En esta sentencia la Corte Constitucional decidió una demanda de inconstitucionalidad contra el literal b del artículo 40 de la Ley 48 de 1993. El numeral citado daba a todas las personas que hubieran prestado servicio militar un puntaje adicional del 10% en los exámenes de Estado que los bachilleres deben presentar como requisito para entrar a la universidad. Para resolver el problema jurídico planteado, el alto tribunal dijo que tal privilegio solo sería constitucionalmente valido si existiese una razón suficiente que lo justificara. Para hallar esa justificación la Corte dejó planteado que debía efectuarse un test de razonabilidad. En su momento la Corte Constitucional manifestó frente al test de razonabilidad que,

*El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para*

*el establecimiento de un trato desigual? Esta Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexecutable.*

*Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:*

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.*
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.*
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.*

Luego, en aras de complementar el test de razonabilidad, la Corte procede a subdividir el análisis del trato desigual en otro test, el de proporcionalidad, el cual a través de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, persigue la institucionalización de un guía analítica que permita indagar si el trato diferenciado o discriminatorio es válido a la luz de la constitución y de otros principios de mayor rango constitucional, que desde luego es útil para prescribir si se trata de un trato desigual permitido, ordenado o prohibido por la Constitución. En este sentido, el tribunal constitucional dice que,

*El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro*

*medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.*

*En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.*

En este pronunciamiento es claro que la Corte Constitucional sigue las fases de aplicación del principio de proporcionalidad que se ha aplicado en Europa, sobre todo por parte del Tribunal Constitucional alemán y español tanto en el ámbito de la igualdad como en el de las libertades y derechos fundamentales de defensa. Como afirma Bernal Pulido (2005, pp. 264-265), en casi toda la doctrina y jurisprudencia de esas latitudes el principio de proporcionalidad se encuentra como un método que se forma y articula a partir de la aplicación escalonada de los subprincipios de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

### **2.3. El test de igualdad norteamericano usado por la Corte**

En otras de sentencias de la Corte Constitucional (C – 265: 1994 y C – 673:2001), puede observarse que la alta corporación abandona la tradición del test de igualdad europeo y aplica de preferencia un test de igualdad que ha sido aplicado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, la cual en desarrollo de la máxima *equal protección*, reglamentada en la décimo cuarta enmienda de la Constitución Norteamericana, plantea la existencia y aplicación de tres tipos de niveles de escrutinios de igualdad, con los que se puede medir el nivel de intensidad de afectación al derechos a la igualdad. Esos tres niveles se conocen como el escrutinio débil, el escrutinio estricto y el escrutinio intermedio (Bernal, 2005, p. 266).

El escrutinio débil constituye la formula clásica de aplicación del derecho a la igualdad en Norteamérica, considera el alto grado al principio de democrático, es decir, es tipo de escrutinio reconoce en el legislador un amplio margen de apreciación en la configuración normativa. Por tanto este nivel de juicio de igualdad tiene leves exigencias para declarar constitucional un trato diferenciado, pues solo “basta que el trato diferente se enjuicia sea una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico” (Bernal, 2005, p. 267). Por ello se dice que este escrutinio es débil, porque se comporta con mucha laxitud frente a los tratos diferenciados, ya que solo exige que a) el trato diferente tenga un fin legítimo, y, b) que ese trato tan solo tenga una potencialidad adecuada para alcanzarlo y que, además, ese fin no es prohibido por la constitución, para que puede juzgarse legítimo. Con lo que se tiene que todo trato diferenciado que busque un fin protegido por la constitución y que se torne adecuado para alcanzar ese fin legítimo será constitucional (Bernal, 2005, p. 268).

Por su parte el escrutinio estricto, que desde los años 60 comenzó a ser aplicado en Norteamérica constituye hasta nuestros días uno de los avances más importante e interesantes en términos de interpretación y aplicación del derecho a la igualdad. Este nivel de análisis surgió precisamente porque el escrutinio débil empezó a tornarse insuficiente en relación con ciertos tratos diferenciados afectaban a colectivos identitarios o intereses que habían sido marginados, excluidos o diferenciados en forma negativa históricamente y, por ello, debían recibir una protección estatal especial que el escrutinio débil no permitía, ya que al considerar más importante el principio democrático, cualquier distinción que hiciera el legislador fundamentado en la constitución terminaba por ser válida.

En razón de ello el escrutinio estricto fundó su aplicación en tratos de diferenciados que se basen en criterios sospechosos como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la opinión política o filosófica, la condición social, condición sexual, la edad o la minusvalía. Todos estos criterios, como se sabe, aparecen reglamentados en la Constitución colombiana de 1991 en los artículos 13, 19, 42, 43 y 53, razón por la cual la Corte Constitucional los ha tomado para fundamentar la aplicación de este tipo de escrutinio en su jurisprudencia (C – 371: 2000). En este mismo nivel de escrutinio la Corte ha fundamentado cuando se trate conductas que abiertamente restringen derechos fundamentales o que afectan a minorías o grupos sociales que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, los cuales gozan de especial protección del Estado por expresa disposición constitucional (art. 7 y 13 C.P) (Bernal, 2005, p. 267). Respecto a las exigencias que este criterio impone se ha dicho que,

*En los casos de escrutinio estricto, para que el trato diferenciado de un destinatario o de un grupo esté justificado*



*debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso. Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferenciados al cumplimiento de dos exigencias: 1. Que la medida persiga, ya no solo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado (un compelling interest), y 2. Que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a este última exigencia, la medida no debe ser solo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea (Bernal, 2005, p. 268).*

En relación con las exigencias de este tipo de escrutinio de igualdad, es importante decir que el principio democrático no puede observarse con la misma intensidad que en el escrutinio débil, pues estas exigencias parten de la premisa que la constitución ha fijado unos límites inmodificables que el legislador debe observar de manera estricta, toda vez que frente a ellos no tiene amplios márgenes de consideración, como por ejemplo, de criterios sospechosos de trato discriminatorio, inequitativo o no igualitario. Por ello, bajo este criterio, la justificación de ese tipo de tratos se torna más exigente al punto de que si argumentativamente y probatoriamente no se logra desvirtuar la inconstitucionalidad de la medida, termina por presumirse que se trata de una violación al derecho a la igualdad y de pie para su protección integral e inmediata; este precisa el tipo de juicio que la Corte ha aplicado al caso de las parejas del mismo sexo en las sentencias en las que analizada la violación del derecho igualdad de la comunidad LGBTI en el que se incurre por omisión legislativa. Sobre esto se volverá más adelante.

Ahora bien, en el caso del escrutinio intermedio, se trata de la política de acciones afirmativas desarrollada por la Suprema Corte Norteamericana en los años 70. Este nivel es intermedio porque se sitúa entre los dos anteriores, se funda también en el análisis de casos de trato diferenciado por criterios sospechosos, como los que ya se han mencionado y tiene como objetivo la realización de acciones positivas respecto de minorías, grupos o individuos con el fin de que puedan alcanzar una igualdad real en la sociedad, es decir, este criterio solo se aplica a actos de diferenciación que no perjudican a esas minorías o grupos, sino todo lo contrario, se aplica para la realización de medidas que favorezcan a esas minorías o grupos (Bernal, 2005, p. 265).

*El escrutinio intermedio también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias al cumplimiento de dos exigencias. La Corte Constitucional las ha expuesto del siguiente modo: es legítimo el trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante. Es decir: 1. Que el objetivo del trato diferente sea importante, y 2. Que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad sustantiva, o, en otros términos, que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial (Bernal, 2005, p. 269).*

Frente a estos tipos de escrutinios y estas exigencias es imperativo decir que son analíticamente menos claros que en relación con principio de proporcionalidad. Además, solo toman en cuenta la legitimidad del objetivo constitucional y la característica de idoneidad de la medida mediante la que se realiza el trato diferenciado. Estos tipos de escrutinio no reparan en que el objetivo podría ser alcanzado por otras medidas que pudiesen ser iguales

o más idóneos sin que tener que realizar necesariamente un acto de diferenciación. Tampoco reparan en que “la legitimidad de las diferencias debe depender también de la relación que existe entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y la intensidad en que se afecta el derecho a la igualdad y los demás derechos fundamentales de los afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto)” (Bernal, 2005, p. 271). Por esas razones la Corte ha preferido adoptar lo que se conoce como el juicio integrado de igualdad (Sentencia C-093: 2001).

#### **2.4. EL JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD QUE APLICA LA CORTE**

La Corte Constitucional en reiterada y reciente jurisprudencia (C-104: 2016) ha venido aplicando el método del juicio integrado de igualdad con el fin de interpretar y aplicar el derecho a la igualdad, para resolver problemas jurídicos de esa índole. En esa dirección la Corte se referido a la aplicación de tres etapas de tipo de juicio de igualdad. Desde ese punto de vista ha hablado 1) como primer paso de determinación del tipo de escrutinio; 2) como segundo de juicio de adecuación y; 3) como tercer paso de juicio de indispensabilidad.

El primer paso de la determinación del tipo de escrutinio consiste en definir, según cada caso concreto, si el tipo de escrutinio a aplicar será estricto o débil, esto dependiendo si en la materia a la que se vaya a aplicar el legislador posee un margen de apreciación o amplio o restringido, es decir, en este primer paso se define el tipo de escrutinio en relación con el principio de democrático, pues si el radio de acción del legislador es amplio deberá aplicarse el tipo de escrutinio débil. Pero si el legislador posee un restringido margen de apreciación deberá entonces aplicar un tipo de

escrutinio estricto. Con lo que se podría decir, por ejemplo, que si se trata de una intervención a derechos fundamentales (como la igualdad) el nivel de escrutinio será estricto, pero si se trata de una materia diferente como la económica el test será (Sentencia, C-104: 2016).

En el segundo paso, el juicio de adecuación o de idoneidad, depende del primero ya que si el tipo de escrutinio es estricto entonces no será suficiente que la medida logre total o parcialmente el fin perseguido, sino que será una exigencia que la medida efectivamente útil para alcanzar finalidades constitucionales superiores. A contrario sensu, si el escrutinio es débil, solo se solicita que la medida sea idónea respecto del fin constitucional propuesto (Sentencia, C-104: 2016).

El tercer paso que se refiere al juicio de indispensabilidad también dependen de si de la determinación del tipo de escrutinio, es decir, está sujeto a que si el tipo de escrutinio es estricto o débil. En el primer caso el trato diferenciado debe ser necesario e indefectible en contraste con restricciones menos graves para los derechos fundamentales, en caso contrario la diferencia de trato sería discriminatoria y por ende carente de sustento constitucional. En el segundo caso, cuando el tipo es débil, en el juicio de indispensabilidad se cumple solo con la mínima exigencia de que la medida no sea evidentemente innecesaria (Sentencia, C-104: 2016).

### **3. LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO A LA IGUALDAD**

#### **3.1. Cuestión previa**

En Colombia el debate judicial por el reconocimiento de los derechos de las comunidades minoritarias o vulnerables ha tomado una importancia real a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, con la cual se creó la Corte Constitucional y se declaró la voluntad constituyente para reconocer, elevando a la categoría de norma constitucional, el principio pluralista, en el marco de un Estado Social de Derecho que, además de proponerse como laico, puso dentro de sus objetivos primordiales, la protección de los derechos fundamentales, especialmente los de aquellas personas que por encontrarse en una situación diversa a la de la mayoría de la sociedad pudiesen ser, por esa condición, marginados, degradados o atacados, por parte del establecimiento y los particulares.

Las comunidades minoritarias o vulnerables reconocidas en Colombia son variadas, entre ellas se encuentran los indígenas, los afrodescendientes, los gitanos, las mujeres, los niños, las personas de la tercera edad, los discapacitados y, desde luego, las lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales quienes pertenecen a la comunidad denominada: LGBTI. Esta comunidad en particular, se ha visto histórica y violentamente enfrentada a una sociedad heterosexual mayoritaria que no acepta que, ciudadanos con una orientación sexual diversa, ejerzan los mismos derechos que ellos, cuando aquellos toman la decisión de conformar una vida en pareja, una familia.

La situación de las parejas del mismo sexo, en Colombia, es histórica y ha sido difícil. Bajo el imperio de la Constitución Política de Colombia de 1886 el panorama jurídico para la comunidad LGBTI fue nulo. Vale recordar que la anterior carta política consagraba, en el marco de un Estado de Derecho, que la religión oficial del Estado era la Católica, Apostólica y Romana, y, por ello no podía reconocerse por ninguna autoridad pública una tendencia sexual distinta de la permitida por la iglesia católica y, menos aún, que personas de sexo paritario pudiesen tener uniones de pareja con plenos efectos jurídicos.

El cambio de Constitución Política y de modelo de Estado que se hizo en Colombia en 1991, modificó de manera importante ese estado de cosas, ya que en el marco de un nuevo constitucionalismo los derechos de las parejas del mismo sexo hoy son una realidad que ha sido posible por las decisiones judiciales de constitucionalidad que ha tomado la Corte Constitucional, a la luz de la carta política de 1991. Los derechos de la comunidad LGBTI que la Corte ha reconocido tienen los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como eje común argumentativo que sustenta esas determinaciones constitucionales que, desde luego, se fundamentan en posturas liberales.

Siendo esto así, los derechos que la Corte ha reconocido a los LGBTI como pareja se pueden presentar en tres momentos que, según Bonilla Maldonado, se pueden denominar como de reconocimiento, consolidación y expansión (Bonilla, 2010, p. 85). El reconocimiento tiene ocasión en la sentencia C – 075 de 2007 en la que la alta corporación reconoció por primera vez en Colombia la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo, con sus respectivos efectos patrimoniales. Ya en el momento de la consolidación las sentencias C – 811 de 2007, C – 336 de 2008, C – 798 de

2008, T – 856 de 2007 y T – 1241 de 2008, ampliaron de manera importante y en distintas materias los efectos jurídicos de las uniones de estas parejas, concretamente de la siguiente forma:

*La primera sentencia reconoció que las normas que regulan la afiliación al sistema contributivo de salud de las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho son también aplicables a las parejas del mismo sexo. La segunda sentencia señaló que tanto los miembros de las parejas heterosexuales como las del mismo sexo pueden ser titulares de la pensión de sobrevivientes. La tercera sentencia indica que tanto los miembros de las parejas del mismo sexo como las heterosexuales pueden ser titulares del derecho a recibir una cuota de alimentos por parte de su pareja una vez que se ha terminado la vida en común. Las últimas dos sentencias de revisión de tutela confirman el derecho que tienen los ciudadanos que hacen parte de parejas del mismo sexo a ser afiliados al sistema contributivo de seguridad social, por un lado, y a recibir la pensión de sobreviviente, por el otro. Estas sentencias concretan en dos casos de control concreto de constitucionalidad las reglas jurisprudenciales establecidas en los casos de control abstracto que fueron decididos anteriormente (Bonilla, 2010, p. 186).*

En la etapa de expansión de la jurisprudencia constitucional, se garantiza un nuevo bloque de derechos y obligaciones que están en cabeza de los miembros de las parejas del mismo sexo, en la sentencia C - 029 de 2009. Este fallo decidió una demanda de inconstitucionalidad que juzgó veintiséis normas jurídicas que discriminaban negativamente entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales. La clasificación que según Bonilla Maldonado se puede hacer en este último punto de expansión es esta:

Las normas que la Corte Constitucional declaró constitucionales de manera condicionada en esta sentencia pueden ser reunidas en los siguientes cinco grupos: penales, civiles y comerciales, seguridad social, políticas y aquellas relacionadas con el conflicto armado. La Corte señaló que este conjunto de normas jurídicas dirigidas a las parejas heterosexuales son constitucionales únicamente si se aplican también a las parejas del mismo sexo.

El primer grupo de normas hace referencia a temas penales tan disímiles como el derecho a no declarar, denunciar o formular queja en contra de los compañeros permanentes en cualquier materia disciplinaria, penal y penal militar; el beneficio de prescindir de la sanción penal no privativa de la libertad cuando el sujeto pasivo del delito es el compañero permanente; y la agravación punitiva para el sujeto activo de una conducta delictiva de la cual su compañero permanente es la víctima.

El segundo conjunto de normas, civiles y comerciales, giran en torno a temas tan diversos como la constitución del patrimonio inembargable de familia, la afectación de la vivienda familiar con el fin de proteger los bienes y vivienda de las parejas y la obligación de pagar una cuota de alimentos al compañero permanente una vez se haya terminado la vida en común.

El tercer grupo de normas, reunidas bajo la categoría “seguridad social”, se refiere a la posibilidad de que los miembros de las parejas del mismo sexo obtengan los beneficios que en materia de salud y pensiones reciben los miembros de las parejas heterosexuales que pertenecen a la fuerza pública; y que las personas que forman parte de las parejas del mismo sexo obtengan los subsidios familiares que reciben los miembros de las parejas heterosexuales, por ejemplo, los de vivienda y educación.



El cuarto conjunto de normas regula las materias relacionadas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y las restricciones al acceso y ejercicio de la función pública y la contratación estatal, así como la aplicación de los requisitos para adquirir la nacionalidad por adopción.

Finalmente, el quinto grupo de normas hace referencia a cuestiones tan importantes como el derecho que tienen los compañeros permanentes de las personas que han sido sujetos pasivos de delitos atroces a que se presuman como víctimas y que, por tanto, tengan derecho a la verdad, justicia y reparación (Bonilla 2010, p. 187).

No obstante, este prolijo y óptimo reconocimiento de derechos por parte de la Corte, en Colombia existen posturas de sectores de la sociedad que representan la mayoría heterosexual que niegan que las parejas del mismo sexo deban ser tratadas del mismo modo que las parejas convencionales, puesto que están en una situación diversa, lo que indica que no deberían tener los mismos derechos de las parejas convencionales. Por ello indican que no existe omisión legislativa y que la Corte Constitucional usurpa las competencias de la Rama Legislativa al hacer este tipo de concesiones (Giraldo, 2013, p. 4).

Estas posturas han propuesto siempre un desafío argumentativo que la Corte Constitucional ha tenido que sortear para garantizar los derechos de las parejas LGBTI. Hasta en el seno de la propia Corte la cuestión ha suscitado debates que han llevado, por ejemplo, a preguntarse cómo proceder frente al conflicto de aplicación del derecho a la igualdad que propone la mayoría heterosexual, cómo hacer posible una conformación familiar no convencional no establecida de manera expresa en la Constitución y la posibilidad de derivar de ella derechos patrimoniales o de otro tipo,

cómo presentar argumentos capaces de sustentar la posición de un Estado laico que se aparte de la presión que aun genera la Iglesia Católica, sin generar un caos institucional.

Aquí es precisamente cuando, en las prescripciones de la argumentación constitucional, toma pleno sentido el juicio de igualdad norteamericano que aplica la Corte y, desde luego, el juicio integrado de igualdad. En relación con el derecho a la igualdad es evidente que la Corte ha preferido, cuando se trata de los derechos de las parejas del mismo sexo, aplicar el tipo de escrutinio estricto de igualdad, esto en razón a que ya sea por acción u omisión, el Estado ha hecho una discriminación entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales que se basa en criterios sospechosos como por ejemplo el sexo y la orientación sexual.

Es claro que cuando el legislador colombiano ha regulado temas como la Unión Marital de Hecho (Ley 54 de 1990), o la protección de los derechos sociales y civiles patrimoniales como el derecho a la salud y pensiones (Ley 100 de 1993) o el derecho a los alimentos y sucesiones (Código Civil). O, por ejemplo, cuando el órgano legislativo ha regulado temas como el matrimonio (Código Civil) o la adopción de niños y niñas (Código de la Infancia y la Adolescencia), siempre ha dictado mandatos tendientes a que esos derechos solo se pueden ejercer en el marco de uniones heterosexuales. Inclusive el desde el punto de vista constitucional (art. 42) el modelo de familia “aceptado” es aquel constituido, solamente, por un hombre y una mujer. Lo que ha motivado todas las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes mencionadas, bajo el argumento de que tal exclusión, vía omisión legislativa, constituye una clara de violación al derecho a la igualdad ya que no existe argumento que pueda justificar dicho trato diferenciado. La Corte en todos esos casos, aplicando un escrutinio estricto de igualdad ha otorgado tales derechos a las parejas homoafectivas.

Y esto ha sido así, porque según (Parra, 2012, pp. 91-92) la Corte ha entendido con claridad que es deber del Estado realizar actos para promover que la igualdad se real y efectiva, esto teniendo en cuenta que además de la consagraciones normativas el Estado debe adoptar políticas públicas y destinar partidas presupuestales que le permitan llevar a la práctica lo consagrado en el artículo 13 de la norma fundamental, con el fin de que pueden llevarse a cabo actos de discriminación positiva a través de acciones afirmativas que permitan generar contextos sociales en los que la desigualdad se atenúe o preferiblemente desaparezca, todo con el fin existencia humana esté cada día más acorde con el imperativo de la dignidad humana.

Lo anterior, por supuesto va de la mano con la obligación-posibilidad existente en el Estado Social de dar cierto trato preferencial o privilegiado a personas o grupos de personas que han sido discriminados, marginados, excluidos o esquilmados, esto a través de acciones afirmativas entendidas, conceptualmente hablando, como medidas que se implementa con el fin de reducir o acabar con la desigualdad y la discriminación de grupos o personas que por algún motivo han sido marginadas por la sociedad y/o el Estado (Parra, 2012, p. 135); tal es el caso de la comunidad LGBTI y, por supuesto, de las parejas del mismo sexo, por tal motivo en la descripción jurisprudencial que se leerá a continuación la Corte Constitucional ha implantado una serie de medidas en el ordenamiento jurídico colombiano con el fin de que estas personas puedan gozar su existencia en igualdad, en dignidad y en justicia, respecto a una mayoría heterosexual que estigmatiza, excluye y discrimina con apoyo en una legislación que omite la regulación de estos derechos.

Esto debe ser así porque los derechos humanos de grupos discriminados históricamente están precisamente dispuestos para

generar actos de discriminación positiva tendientes a materializarse a través de acciones afirmativas que produzcan justicia social en pro de un equilibrio constitucional. Por ello la cláusula de Estado Social de Derecho cambia la concepción clásica y formal del Estado de Derecho que concebía que todos los seres humanos son iguales ante ley, ya que la característica de *Social* le imprime al Estado otra finalidad, una que dice que se procurará que la igualdad no se refleje solo en la ley sino, además, en la vida. La concepción, entonces, cambia ahora somos (o debemos ser) iguales en la existencia, aspecto que se tendrá en cuenta en toda sociedad que piense en su propio bienestar y armonía, es decir, una sociedad que se precie de vivir en un Estado Social (Parra, 2012, pp. 109-110).

### ***3.2. La Sentencia C – 075 de 2007. La protección Unión Marital de Hecho de las parejas del mismo sexo y su régimen patrimonial***

Hasta el año 2007 la desprotección de las parejas del mismo sexo era total. En Colombia se vivía en una total diferenciación jurídica de las diferencias (Parra, 2012, p. 111). Sin embargo a partir de la sentencia C – 075 de 2007 la situación de la comunidad LGBTI cambió, pues empezó a quedar claro que, vía derecho a la igualdad, debía reconocerse que debían acceder a los mismos derechos de las parejas heterosexuales; esto teniendo en cuenta que el ámbito de configuración legislativa estaba limitado y que el legislador no podía escudarse en la observancia del principio democrático para dejar de lado la regulación sobre convivencia homosexual, siendo que con ello estaba, además de violentando derechos fundamentales de las personas LGBTI, también vulnerando los deberes internacionales que el Estado colombiano tiene en la comunidad de naciones y que cuentan

con expresa regulación en tratados internacionales, como por ejemplo el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello en esta sentencia la Corte dejó sentada la siguiente regla,

*Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto de los de los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución (C-075:2005).*

Es importante resaltar que esta regla jurisprudencial establecida por la Corte dicta un mandato de protección sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con lo que se pretende alcanzar dos objetivos fundamentales: 1) evitar la vulneración del derecho a la igualdad, a la dignidad humana y a la autonomía personal, y 2) satisfacer las obligación de regulación y garantía que esta encabeza del Estado Colombiano según lo normado en el artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto atendiendo a la clara omisión legislativa frente a los derechos de las parejas del mismo sexo, lo que la Corte prefiere llamar en la sentencia que venimos comentando: “déficit legislativo”.

La regla citada anteriormente es importante por su grado generalización. Sin embargo, en la sentencia citada también fue establecida otra regla un poco más específica con el fin de dar protección a los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Recordemos que la Sentencia C – 075 de 2007 fue producto de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en

contra de las expresiones “un hombre y una mujer”, reguladas en los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. En la demanda se promovió bajo el argumento de que esos dos artículos violentan el derecho a la dignidad humana y el derecho de asociación, porque excluye a las parejas homosexuales de dicha regulación (Quinche, 2013, p. 34).

La Corte admitió la demanda e integró la proposición jurídica completa, como un ejercicio de unidad normativa, para pronunciarse también sobre la Ley 979 de 2005 que vía complementación estatuye algunas modificaciones de la Ley 54 de 1990, pues a juicio de la Corte de no realizar la integridad normativa los efectos que tendría la sentencia no serían óptimos en relación con la protección de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta esto la Corte encaró un problema jurídico que consistió en establecer si la limitación del reconocimiento del régimen patrimonial entre compañeros permanentes que protege a parejas heterosexuales violaba o no los derechos fundamentales a igualdad de protección, dignidad humana, mínimo vital y libre asociación de las parejas homosexuales. Para resolver la cuestión la Corte afirmó, como se dijo anteriormente, que existe en el estado colombiano un déficit legislativo respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo en dos niveles, es decir, un déficit de regulación y déficit de protección que pone al Estado en situación de incumplimiento respecto a compromisos internacionales regulados en Tratados Internacionales. Además, la Corte sostuvo que, frente al derecho a la igualdad, el test de igualdad que debía aplicarse, es un tipo de escrutinio estricto de igualdad, ya que los enunciados legislativos analizados en el juicio de constitucionalidad utilizaban categorías sospechosas de

trato desigual, lo que hace presumir un acto de discriminación prohibido expresamente por la Constitución (art. 13), concluyendo que no había ningún de razón justificativa para establecerlo. En este sentido dijo la Corte,

*no hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión de establecer un régimen que regula la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea diferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales (C-075: 2007).*

Bajo esta regla, la Corte decide en la parte resolutive de la sentencia, declarar la exequibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 909 de 2005, en el régimen de protección que en ella está contenido también a las parejas homosexuales; con determinaciones como esta y las que se describen a continuación, se puede ver claramente cómo se da el fenómeno detectado por el profesor (Parra, 2012, p. 116) según el cual “la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el nexo entre justicia social e igualdad real” .

### **3.3. La Sentencia C – 811 de 2007. La protección del derecho a la salud de las parejas del mismo sexo**

En esta Sentencia la Corte resolvió una demanda contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993, el cual establecía que el Plan Obligatorio de Salud (POS) tenía solo una cobertura “familiar”, lo cual era entendido por el Sistema de Salud colombiano como que

los únicos beneficiarios del POS eran las parejas heterosexuales, toda vez que la conformación familiar en Colombia desde el punto de vista jurídico (art. 42 C.P) y cultural está constituida por un hombre y una mujer. Por tanto, los únicos que podrían afiliarse al POS el o la cónyuge, el o la compañera permanente, los hijos y en su defecto los padres de aquellos. Sin embargo, la demanda planteaba que este tipo de entendimiento respecto a la confirmación familiar era inconstitucional, pues relación con el derecho a la igualdad no podía ignorarse la existencia de parejas del mismo sexo y, por tanto, no podía el legislador restringir de esa manera el concepto de familia.

La Corte admitió la demanda y decidió, en virtud del principio *pro actione*, seguir el precedente de omisión legislativa planteado en la sentencia C – 075 de 2007 (déficit de regulación y protección), y el precedente expresado en la Sentencia C – 521 de 2007, la cual había declarado la inexecutable el término de dos años que exigía la ley para ser considerado como beneficiario del sistema de seguridad social en salud, cuando se trataba de parejas sin vínculo matrimonial (Quinche, 2013, p. 36). Siguiendo, pues, estos precedentes argumento la Corte que,

*En efecto, acogiendo los criterios doctrinales esbozados por la Corte en la Sentencia C-075 de 2007, que marcan la perspectiva actual en el tratamiento jurídico del tema, el impedimento que tiene la pareja del mismo sexo de vincularse al sistema de seguridad social en salud por el régimen contributivo constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad – en la concepción de la autodeterminación sexual –, así como una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo (C-811:2007).*



Partiendo de esta regla y, desde luego, aplicando un tipo de escrutinio estricto de igualdad, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del precepto contenido en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, generando una nueva ampliación de derechos para las parejas del mismo sexo. Por ello dicha declaración se hizo bajo el entendido de que el régimen de protección contenido en la citada ley se aplica también a las parejas del mismo sexo.

### **3.4. La Sentencia C – 336 de 2008. La protección del derecho a la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo**

En el caso de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, resuelto en la Sentencia C – 336 de 2008, la Corte de nuevo tuvo presente el precedente contenido en la Sentencia C – 075 de 2007. Esta vez la demanda versó sobre algunas partes de los artículos 47, 74 y 63 de la Ley 100 de 1993 (reformada por la ley 797 de 2003). Estos artículos reglamentaban que los únicos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes eran únicamente el compañero permanente de una pareja heterosexual. Para el demandante esos artículos violentaban los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, la seguridad social y el reconocimiento y pago de la pensión, ya que vulneraba los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad (Quinche, 2013, p. 38).

La Corte admitió la demanda y en aplicación del precedente vigente en la alta corporación (C – 075 de 2007), la Corte amparó una vez más los derechos de las parejas del mismo sexo sosteniendo que,

*Como lo han considerado esta corporación, desde las perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo*

*homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja (C-336: 2008).*

Nuevamente la Corte recurre al escrutinio estricto de igualdad, para decidir que en efecto el legislador ha violentado el derecho a la igualdad de los derechos de las parejas del mismo sexo en un ámbito donde el legislador no posee un grado amplio de configuración legislativa por tratarse de afectación de una afectación a derechos fundamentales que se da por criterios sospechosos de discriminación. Por ello, siguiendo la línea decisión vigente, la Corte decide declarar exequibles las expresiones “compañero o compañera permanente” contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones “el cónyuge o la compañera o compañero permanente” contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de las pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C – 521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

### **3.5. La Sentencia C – 798 de 2008. La protección penal de alimentos en las parejas del mismo sexo. El amparo al bien jurídico tutelado de la familia homoafectiva**

Esta Sentencia decidió una acción pública de inconstitucionalidad contra el parágrafo 1° del artículo 233 del Código Penal colombiano, el cual establece el delito de inasistencia alimentaria, según la modifica establecida por el artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, que establecía que para los efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente el hombre y la mujer que forman parte de la unión de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

El problema jurídico que tuvo que resolver la Corte en este caso fue que en atención a que el citado parágrafo restringía la punibilidad del delito de inasistencia alimentaria ya que las parejas del mismo sexo quedaban excluidas de dicha reglamentación, ya que ahí solo se hacía mención a uniones conformadas por un hombre y una mujer. En sentido cabría también resolver, entonces, si tal exclusión se comportaba como una violación al derecho a la igualdad, a la autonomía y a la dignidad según lo establecido en la Constitución y lo determinado en el precedente de la Corte sobre esta materia. Sobre el particular en este caso dijo la Corte que,

*Al igual que en casos que han sido estudiados con anterioridad por esta Corte, la Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica una desprotección de la pareja heterosexual. En este, como en casos anteriores, la corrección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo*

*sexo no tiene como efecto, desde ningún punto de vista, la disminución de la pareja heterosexual (C-798:2008).*

En esta decisión es importante destacar que la Corte, además de volver aplicar su precedente (C – 075 de 2007), también vinculó a la decisión el contenido de la sentencia C – 1033 de 2002, la cual había declarado exequible el numeral primero del artículo 411 del Código Civil, precepto que reglamenta la obligación de dar alimentos al cónyuge, pero según este último, fallo siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho, limitándolo a la pareja heterosexual. Desde luego que la Corte en esta decisión después de aplicar el test estricto de igualdad dejó sentado que la exclusión en la que incurría en este caso el legislador violentaba de manera fuerte el derecho a la igualdad, ya que no tenía algún tipo justificación y por ende resultaba en un medida innecesaria y desproporcionada que, desde la óptica de lo razonable, resultaba en una desprotección tendiente a acrecentar problemas de sociales a los que ni el Estado ni el derecho pueden ignorar (Quinche y Peña, 2013, p. 40).

En razón de lo anterior, declaró la inexecutable de la expresión “únicamente” contenida en el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, y exequible el resto de la disposición en el entendido que las expresiones compañero y compañera permanente comprenden también a las parejas del mismo sexo.

Finalmente, en relación con este fallo, hay que reconocer que la decisión de la Corte fue mucho más profunda que las decisiones precedentes ya que, al darle protección alimentaria de carácter penal a las parejas del mismo sexo, reconoció que estas parejas también constituyen familia, pues el delito de inasistencia alimentaria esta instituido para proteger el bien jurídico de la familia tutelado por la ley penal al ser, precisamente, un delito contra la familia.

### ***3.6. La Sentencia C – 029 de 2009. La protección de las parejas del mismo sexo vía homologación constitucional. La equiparación de derechos entre las parejas homosexuales y heterosexuales***

Los efectos de la de la Sentencia C – 798 de 2008 en la lógica del precedente no se hicieron esperar. La Corte había dado un gran paso, había considerado que las parejas del mismo sexo constituían familia y, además, se había referido a una situación que superaba la posición del alto tribunal que hasta el momento solo se había hecho referencia a los efectos patrimoniales de estas uniones. Con otras palabras, la Corte empezaba ya a pronunciarse sobre situaciones que impactaban más notoriamente en la vida social de las parejas del mismo sexo. Para hacer esto la Corte empezó por realizar una equiparación de derechos entre las parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales, la cual vía homologación Constitucional, procedió a dejar planteada en la Sentencia C – 029 de 2009.

En este caso la demanda se dirigió en bloque contra los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; el artículo 24 - literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; los artículos 411 y 457 del Código Civil; el artículo 4 de la Ley 70 de 1931; los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; el artículo 7 de la Ley 3 de 1991; los artículos 283 - numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; el artículo 5 de la Ley 43 de 1993; el artículo 8 - numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; el artículo 244 de la Ley 100 de 1993; los artículos 14 - numerales 2 y 8, y 52 de la Ley 190 de 1995; los artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, el artículo 2 de la Ley 387 de 1997; los artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; los artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; los artículos 34, 104 - numeral 1, 170 - numeral 4, 179 - numerales 1 y 4, 188 b - numeral 3, 229,

233, 236, 245 - numeral 1 y 454 a de la Ley 599 de 2000; los artículos 40, 71 y 84 - numerales 1, 2, 3, 6, 7, y 9 de la Ley 734 de 2002; los artículos 8 - literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004; el artículo 3 - numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; los artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 - numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007; y el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007.

La lógica de esta demanda fue buscar un pronunciamiento en bloque sobre varias situaciones que constituían un verdadero sistema de discriminación en contra de las parejas del mismo sexo, que relacionaban sobre todo con prerrogativas que otorgaba el orden jurídico a parejas heterosexuales en ámbitos como el penal, de familia, el civil, el administrativo y otros.

La Corte en la sentencia citada en bloque, en 28 numerales, que refiriéndose a las normas demandadas, procedió a realizar una homologación de derechos teniendo en cuenta el precedente que hasta el momento el alto tribunal había proferido sobre derechos de las parejas del mismo sexo. En este sentido la Corte se pronunció diciendo que todos los derechos y prerrogativas de índole penal, civil, de familia y administrativos que las normas demandadas otorgan a parejas heterosexuales deben ser extendidos a las parejas del mismo sexo, inclusive si se trata de víctimas del conflicto armado colombiano. Sin embargo, debe notarse que en los numerales 1º, 8º, 20 y 22 de la sentencia, el tribunal constitucional decidió tomar una decisión inhibitoria bajo el argumento de que los cargos analizados y propuestos en la demanda, llevarían a que la Corte evaluara la posibilidad de que las parejas homosexuales constituyeran un nuevo modelo, situación que a la que la corporación no podía proceder pues ello implicaba con-

trariar el artículo 42 de la Constitución Política que reglamente un conformación familiar heterosexual; decisión que a decir verdad resulta un poco extraña ya que todo el contexto de la sentencia apunta al reconocimiento familiar en las uniones homosexuales (Quinche 2013: p. 43).

### ***3.7. La Sentencia C – 577 de 2011. La protección de las parejas del mismo sexo en relación con el matrimonio y la familia. Primer tema de frontera: el matrimonio igualitario***

Ya para esta época el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo era bastante amplio, sin embargo, faltaban algunos temas por encarar en el seno de la Corte. Uno de estos el relacionado con el matrimonio y la conformación familiar. En este reconocimiento, como en todos los anteriores, el alto tribunal tuvo en cuenta todo su precedente (especialmente el contenido en la C – 075 de 2007).

Este fallo fue el resultado de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 parcial del Código Civil, el cual reglamenta el matrimonio diciendo que es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. En dicha demanda también fue acusado el artículo 2º de la ley 294 de 1996, el cual dispone que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio por la voluntad responsable de conformarla.

Planteada así la demanda, fue admitida, siendo claro para la alta corporación que debía resolver dos problemas jurídicos. El primero con la posibilidad que fueren a tener las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio. El segundo con la posibilidad

de conformación familiar. La demanda, pues, además de pedir un examen de constitucionalidad sobre la posibilidad de contraer matrimonio homosexual, trató también atar el cabo suelto que había quedado en la Sentencia C – 029 de 2009, respecto al tema de la conformación de conformación familiar, pues la Corte había parecido sugerir en la C – 798 del 2008 que las parejas del mismo sexo constituían familia, pero como ya se dijo, en la C – 029 de 2009 la Corte se inhibió sobre este punto, lo que no dejaba en entre dicho la claridad sobre este punto. Por ello en esta nueva demanda la solicitud fue directa sobre ese aspecto.

En relación con el primer problema jurídico, el del matrimonio, la Corte resolvió por decirlo así en forma favorable a la demanda, sin embargo, la sentencia fue un poco ambigua porque no se refirió a la posibilidad de contraer matrimonio, sino que terminó creando una nueva figura jurídica denominada unión contractual solemne que, hay que decirlo, en la forma en como fue concebida por la Corte no es apta para modificar el estado civil de las personas. No obstante, es importante la forma en como la alta corporación la justifica, pues, en primer lugar la Corte es claro que las parejas homosexuales tienen derecho a los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales, sin restringirse solo a los derecho patrimoniales. Además, advierte el alto tribunal que no existe una prohibición constitucional que impida construir una figura que permita formalizar una unión familiar para parejas homosexuales. Y de tenerse una, concluye la Corte tendrá que ser de carácter contractual, pues el contrato es forma idónea prevista por el ordenamiento para realizar declaraciones de voluntad. Bajo estas premisas dijo el tribunal constitucional que resulta,

*factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la*



*pudiere brindarles una unión de hecho –a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como superar el déficit de protección padecido por los homosexuales (C-577:2011).*

Como puede verse la argumentación de la Corte fue protectora de los derechos de las parejas homoafectivas, sin embargo, creada en la sentencia (unión contractual solemne) no fue del todo satisfactoria para lo que se buscaba en la demanda de inconstitucionalidad: una exequibilidad condicionada del artículo 113 del Código Civil el sentido de que dicho artículo se aplicara también a las parejas del mismo sexo y estas pudieran así contraer matrimonio. Sin embargo, las cosas no fueron así y la Corte declaró la exequibilidad pura y simple de dicho artículo. En consecuencia, en numeral 1° de la parte resolutive de la sentencia exhortó al Congreso de la República para que tomara una decisión legislativa antes del 20 de junio de 2013, en la que de manera sistemática y organizada reglamentara los derechos de las parejas del mismo sexo, incluyendo en el tema del matrimonio (Quinche, 2013, p. 45).

Por último, cabe destacar que el numeral 5° del fallo la Corte advirtió que si el 20 junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante cualquier notario público o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual; desde luego que el Congreso jamás legisló sobre el particular y, por ende, lo que rigió por breve tiempo en Colombia fue la Sentencia citada,

la cual permitía que las personas homosexuales siguiendo un trámite notarial o judicial formalicen su unión, no propiamente como un matrimonio, sino como una “unión contractual solemne”. Situación que cambió después con la sentencia SU-214 de 2016.

Ahora bien, respecto al segundo problema, es decir, el de la conformación familiar, la Corte había sostenido, en todas las sentencias anteriores a esta del 2011, de manera un poco tímida, que las parejas del mismo sexo constituían un nuevo modelo de familia, lo que era entendible si se considera el contenido gramatical del artículo 42 de la Constitución el cual expresa que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Para la Corte era difícil afirmar que la familia podrá constituirse por una unión homosexual. En el caso de la sentencia C – 577 de 2011 era también una dificultad enorme realizar algún tipo de declaratoria en relación con la exequibilidad de la expresión “*de un hombre y una mujer*” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, ya que esos preceptos reproducen exactamente el contenido gramatical del artículo 42 de la Constitución (Quinche, 2013, p. 75), por ello la Corte decidió inhibirse de tomar una decisión de fondo. No obstante sobre el particular consideró que:

*no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no debe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas he-*

*terosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. A su juicio, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por heterosexualidad de quienes las conforman, constituye familia [además] en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial [...] La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según cual en vinculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad responsable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o naturales (C-577: 2011).*

### *3.7.1. La sentencia SU-214 de 2016. Ahora sí el matrimonio homosexual*

En Sentencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió unificar seis expedientes acumulados de tutela, así: T-4.488.250 (tutela formulada por una pareja integrada por un transgenerista y una mujer contra la decisión del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, en el sentido de anular su matrimonio civil); T- 4.189.649 (amparo interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una petición de matrimonio de una pareja del mismo sexo); T- 4.259.509 (tutela interpuesta por un Delegado de la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una solicitud de matrimonio de una pareja del mismo sexo); T- 4.167.863 (pareja del mismo sexo a la cual el Notario Cuarto del Círculo de Cali se negó a casar); T-4.353.964 (pareja del mismo sexo a la cual el Notario Treinta y Siete (37) de Bogotá se negó casar); y T-4.309.193 (negativa del Registrador Auxiliar de Teusaquillo de inscribir un matrimonio civil en el Registro del Estado Civil).

*En primer término, partiendo del papel que la Constitución le asigna a la Procuraduría General de la Nación, la Sala consideró que este organismo de control no tiene legitimación para presentar una acción de tutela destinada a impedir la celebración de un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo, alegando vulneración del orden jurídico, cuando quiera que, en estos asuntos, prevalece el respeto por los derechos fundamentales, la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, lo cual torna, obviamente, improcedentes las acciones públicas aquí promovidas. No había un derecho fundamental individual determinado,*

*o determinable, que estuviera involucrado en el caso y estuviera siendo representando por el Ministerio Público. En segundo lugar, con relación a las cuestiones de fondo, la Corte decidió que los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual (método de interpretación sistemático). Consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género. La Sala también consideró que los contratos innominados, mediante los cuales se pretendió solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. En los términos del artículo 113 del Código Civil, la celebración de un matrimonio civil genera diversos efectos jurídicos personales y patrimoniales, los cuales no se encuentran presentes en un contrato civil innominado, lo cual genera un trato discriminatorio entre las parejas heterosexuales y del mismo sexo. Con el propósito de: (i) superar el déficit de protección reconocido en la Sentencia C-577 de 2011, en relación con las parejas del mismo sexo en Colombia; (ii) garantizar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio; y (iii) amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas, la Corte extendió los efectos de su Sentencia de Unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les*

*haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil. De igual manera, la Corte declaró que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, celebrados en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C-577 de 2011. Para la Corte, los Jueces de la República que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, actuaron en los precisos términos de la Carta Política, de conformidad con el principio constitucional de autonomía judicial, previsto en el artículo 229 de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En igual sentido, esta Corporación advirtió a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos y a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que el fallo de unificación tiene carácter vinculante, con efectos inter pares, en los términos de la parte motiva de la providencia. Por último, la Corte exhortó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que difundieran entre los Jueces, Notarios y Registradores del Estado Civil del país, el contenido del presente fallo, con el propósito de superar el déficit de protección señalado en la Sentencia C- 577 de 2011 (SU-214: 2016).*

En relación con el matrimonio igualitario, la Corte dejó claro que la institución denominada unión contractual solemne creada en la Sentencia C – 577 de 2011, resultó insuficiente para suplir el déficit legislativo existente en Colombia en relación con el matrimonio de las parejas del mismo, pues como ya se había dicho, esta figura creada por la Corte ni siquiera no tenía plenos efectos jurídicos en relación con el estado civil de las personas, luego no se podía equiparar al efecto jurídico de un matrimonio civil, por ello la Corte decide al revisar estas sentencias de tutela, unificando cuatro expedientes, dejar sentadas las bases de un cambio de jurisprudencia e interpretación en ese tema, y en ese sentido, dejar dicho claramente que tanto los notarios como los jueces en observancia de las sentencias C – 577 de 2011 y SU 214 de 2016 tienen plena facultad para celebrar matrimonio civil entre personas del mismo sexo y, además, están obligados a hacerlo.

### ***3.8. La Sentencia C – 238 de 2012. La protección del derecho de sucesión de las parejas del mismo sexo***

Brevemente, en este asunto la Corte se enfrenta a una demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “cónyuge” contenida en los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil que reglamentan aspectos sucesorales entre cónyuges, en la que se consideró que dichos textos normativos eran violatorios de la constitución por excluir a los compañeros permanentes heterosexuales y homosexuales de esa reglamentación. Los demandantes sostuvieron que esa exclusión violaba el derecho a la igualdad y el derecho a la familia.

En este evento la Corte reconoció que se trataba de una evidente omisión legislativa frente a la situación de compañeros permanentes homosexuales y heterosexuales. También argumentó

que tal omisión vulnera el derecho a la igualdad y a la familia. La Corte encontró que esta omisión constituía una grave limitación a la conformación familiar (Quinche, 2013, p. 47), aspecto que inclusive va en contra de la finalidad de la figura sucesoral entre cónyuges, toda vez que su objetivo primordial es conservar la familia a pesar del deceso de alguno de los cónyuges. Por tanto, habiéndose ya reconocido que a través de la unión marital del hecho las parejas homosexuales y heterosexuales constituyen familia, estaría mal aceptar que estuviesen por fuere del régimen sucesoral. Frente a esto dijo la Corte,

*Se acaba de ver que del derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 13 superior, así como del mandato de protección a la familia y a cada uno de sus miembros, previsto en los artículos 5 y 42 de la Carta, deriva la exigencia constitucional de extender el derecho a recibir la herencia para que, además del cónyuge, cobije al compañero o compañera permanente que conformó con el causante una unión marital de hecho entre heterosexuales, dado que el derecho a recoger los bienes del fallecido se funda en la relación familiar y en la protección de los lazos familiares, mas no en el matrimonio. Al respecto procede recordar que ya la Corte señaló que los miembros de la pareja homosexual que conviven en forma permanente forman una familia, porque el elemento que confiere identidad a la familia no es la heterosexualidad o la consanguinidad, sino el afecto que da lugar a su existencia, fundada “en el amor, el respeto y la solidaridad” y en la conformación de una “unidad de vida o de destino que liga íntegramente a sus miembros e integrantes más próximos”. No hay, entonces, motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona*



*con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo (C-238: 2012).*

### **3.9. La protección del derecho a la adopción de las parejas del mismo sexo. Segundo tema de frontera: la adopción igualitaria**

Frente al tema de la adopción igualitaria tan solo se esbozará una visión general de la cuestión. En primera instancia hay que reconocer que son tres los escenarios en los que se desarrolla el tema: 1) La adopción monoparental por persona homosexual; 2) la adopción monoparental por parte de compañero o compañera homosexual del padre o madre del menor; y 3) la adopción biparental conjunta por parte de pareja del mismo sexo. En estos ámbitos puede decirse que existen algunas sentencias en las que se han logrado ciertos escaños particulares en este tema, pero sin generar una revolución de doctrina constitucional, por ejemplo, las sentencias T – 276 de 2012, SU – 617 de 2014 y C 071 de 2015. A pesar de estos fallos hay que decirlo se sostiene el requisito de heterosexualidad en materia de adopciones de niños y niñas (López, 2016, p. 173).

“En estas sentencias, la Corte alcanza unos resultados inestables: se obtiene la protección concreta del derecho invocado por el tutelante (y, por tanto se confirma la adopción), pero la Corte conserva la interpretación restrictiva de la posibilidad general

de la adopción homosexual [...] Finalmente en el año 2015 la Corte, de forma muy sorprendente e incluso antes de un posible reconocimiento del matrimonio igualitario, se animó a otorgar una amplia protección a la adopción igualitaria en la sentencia C – 683 del mismo año. Esta última sentencia evidencia que en la Corte hubo una modificación de las mayorías de la Sala Plena que permitió, a su vez, un cambio doctrinal significativo en un tiempo cortísimo, desde la ambigua sentencia SU – 617 de 2014 (donde a pesar del resultado positivo para el adoptante homosexual se conservaba la dogmática básica de la C-814/01), hasta la ya franca e integralmente igualitaria C-683 e 2015. En esta sentencia se declara, sin ambages, que la heterosexualidad legal obligatoria para la adopción biparental por parte de compañeros permanentes es inconstitucional” (López, 2016, pp. 173-174).

#### **4. LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH) Y LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO: BREVE REFERENCIA AL CASO ATALA**

Por último, es importante observar el reconocimiento internacional que tienen los derechos de la comunidad LGBTI y las parejas del mismo sexo. Lo cual se puede evidenciar en una publicación de las Naciones Unidas presentado en el año 2012 ante la comunidad de naciones en Nueva York y en Ginebra. En dicho informe se hacen varias importantes reflexiones sobre los deberes de los Estados en relación con los derechos de los LGBTI y se fijan cinco obligaciones jurídicas básicas que los Estados deben acatar en observancia de los derechos de esta comunidad.

Las cinco obligaciones se establecen a través de cinco verbos rectores que se utilizan de vieja data para la protección de los derechos humanos en general, según lo ordenado por el artículo 14 de la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados de la Organización de la Naciones Unidas (ONU), el artículo 27 común de las Convenciones de Viena y el artículo 2 de la Resolución del 13 septiembre de 1989 dictada en la sesión de Santiago de Compostela por el Instituto de Derecho Internacional. Desde ese entonces se ha venido declarando que, en relación con los derechos humanos, los tratados internacionales obligan a los Estados a reconocerlos, garantizarlos, promoverlos y respetarlos (León, 2006, p. 13).

En esa misma dirección la publicación de Naciones Unidas (2012) establece que los estados están obligados a proteger, prevenir, despenalizar, prohibir y respetar los derechos humanos de las personas LGBTI. En concreto, obligación de protección está relacionada contra la violencia homofóbica y transfóbica. La obligación de prevención se refiere a la tortura, los tratos crueles inhumanos y degradantes contra la esa comunidad. El deber de despenalizar hace referencia directamente a la homosexualidad en general. La obligación de prohibición se circunscribe a la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Y el deber respeto hace alusión a la libertad de expresión, de asociación y reunión pacífica; este informe es relevante aclararlo está asociado directamente a la Resolución 17/19 de junio de 2011, la cual es la primera resolución de Naciones Unidas sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

Ahora bien, debe aclararse que según la publicación de Naciones Unidas (2012), la obligación de protección contra la violencia transfóbica y homofóbica se concreta en el deber de los estados de implementar en el orden interno leyes que prohíban y sancionen penalmente conductas que prejuiciosas

que atenten contra la orientación sexual y la identidad género. Del mismo los estados deberán establecer sistemas eficaces en los que se pueda dejar registrados actos de violencia acaecidos por los mismos prejuicios. Además, los estados debe asegurar la judicialización de los actores de esas conductas, logrando la reparación integral de las víctimas. Por ultimo, deben dictar leyes y políticas públicas de asilo en las cuales se reconozca que las violaciones de derechos relacionadas con orientación sexual o identidad de género es un fundamento valido para solicitar el asilo; este deber encuentra su fundamentación jurídica en artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 33 (1) de la Convención sobre el estatuto de refugiados.

Por su parte, la obligación de prevenir que se concentra en la tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes de la comunidad LGBTI, impone un deber de investigar cualquier acto de maltrato cometido por servidores públicos o trabajadores oficiales contra personas LGBTI que estén detenidas legal o ilegalmente. La prevención implica que sancione a los responsables y que se ofrezcan capacitaciones adecuadas y eficaces para estos funcionarios, quienes también deben ser supervisados en los lugares donde tenga ocurrencia la detención; estas situaciones y deberes encuentran fundamento jurídico en artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1.1 y 2.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes.

En relación con el deber de despenalizar el homosexualismo, este implica la obligación de derogar leyes penales que lo sancionan. Lo que también supone asegurar que no se arreste o prive

de la libertad a ninguna persona en razón a su orientación sexual o identidad de género o se le torture o trate de forma inhumana o degradante con voluntad determinación respecto orientación sexual; este deber se fundamenta jurídicamente en los artículos 2, 7, 9 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 2.1, 6.2, 9, 17 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género, impone a los estados la obligación de promulgar leyes lo suficientemente generales que reglamente la orientación sexual y la identidad de género de tal forma que quede clara la prohibición de actos de discriminación por estas dos categorías en todos los escenarios de acceso a derechos humanos, como trabajo, educación, vivienda, alimentación, etc. Lo que encuentra fundamento jurídico en los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en artículo 2 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por último, respecto a la obligación de respeto o salvaguarda de la libertad de expresión, de asociación de reunión pacífica de las personas LGBTI, los estados deben eliminar en todas sus formas las limitantes existentes a esos derechos, lo que impone también un deber no discriminación en relación con su ejercicio. Por ende, los estados deben velar porque esos derechos puedan ejercerse libremente eliminando posibles actos de intimidación o violencia por parte de cualquier persona contra la comunidad LGBTI; esto se respalda jurídicamente en los artículos 19 y 20.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 19.2, 21 y 22.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Un buen ejemplo de la ineficacia de estas medidas en los sistemas jurídicos internos y de eficacia en sistema interamericano de derechos humanos es el caso Atala, al cual se hará una breve referencia en el acápite siguiente.

#### ***4.1. El caso Atala: breve referencia jurisprudencial internacional***

El caso Atala Riffo y niñas contra Chile es uno de los más importantes de nuestros días en materia de los derechos de las parejas del mismo sexo, pues en primera instancia ese caso revela que la marginación histórica que ha sufrido la comunidad LGBTI ha sido generalizada en América Latina y el mundo. Además, muestra que ciertos sectores de la sociedad latinoamericana insisten en sostener un conservadurismo hipócrita que termina por discriminar a ciertas personas que declaran abierta y autónomamente ser sexualmente diversos, lo que desde luego es plenamente legítimo a luz del Derecho de nuestro tiempo. Este caso también ilustra sobre la posición sobre la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pone el caso de la comunidad LGBTI como otra condición de posibilidad de realización efectiva de los Derechos Humanos.

Los hechos del caso son a grandes rasgos los siguientes. La abogada y juez Karen Atala Riffo contrajo matrimonio con el señor Jaime López Allendes en 1983. De ese matrimonio nacieron tres niñas. En el año 2002 los López Atala se separaron de hecho, siendo asignada la tuición o custodia de las niñas a la señora Atala, quien meses después de la separación empezó a convivir con Emma de Ramón. La familia, pues, quedó conformada por Karen, Emma y las niñas, situación con la que el padre de las niñas, el señor López, no estuvo de acuerdo.

En razón de tales hechos, en enero de 2003, López interpuso, ante un juzgado de menores, una demanda de tuición contra Atala, alegando que las niñas se verían seriamente afectadas al quedar conviviendo con dos lesbianas, por ello solicito una tuición provisional, la cual resultó procedente y el 2 de mayo de 2003 el juzgado ordenó que las niñas fueran entregadas al López. En respuesta Atala, que nunca se dio por vencida, pidió la inhibición al juzgado y el caso paso a un juez subrogante, el cual el 29 de octubre de 2003 determinó rechazar la demanda de tuición y ordenó que las niñas fueran devueltas a Atala, señalando que su condición sexual no le impedía ejercer la maternidad amorosa y responsablemente.

En su defensa, López en el mes noviembre de la misma calenda apeló ese fallo subrogante y elevó una solicitud provisional de no innovar la tuición provisional que ya le había sido otorgada por el juzgado de menores. En razón de la apelación del proceso conoció la Corte de Apelaciones de Temuco, el cual al resolver la solicitud provisional decidió no innovar y mantener la custodia en el padre, pero luego fallo a favor de Atala y dejó sin efecto la orden de no innovar, con lo que las niñas debían quedar bajo la custodia de la madre.

Jurídicamente derrotado, López decidió acudir en recurso de queja ante Corte Suprema de Justicia chilena, máximo juez que decidió el 31 de mayo de 2004, en una decisión de tres votos contra dos, conceder la tuición definitiva de las niñas al padre, argumentando entre otras cosas que la madre había puesto por encima de la maternidad sus preferencias sexuales, con lo que era claro para la Corte que, ante un situación de esa naturaleza, lo mejor para las niñas es que se quedaran con su padre. Atala viéndose discriminada por la propia justicia de su país decidió acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte en una decisión histórica dijo que:

*La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, constituye un acto de discriminación prohibido por las normas jurídicas del sistema interamericano de derechos humanos [...]*

*En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido [...]*

*El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual solo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8º de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen*



*la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención [...]*

*[...] la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (CIDH, caso Atala, 2012).*

Entre otros, con estos argumentos la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de Chile por violación al derecho a la igualdad y a la familia. En consecuencia, ordenó que se indemnizara y que permitiera la constitución de una familia diversa al lado de sus hijas. La Corte de los derechos reconoció y garantizó pues, desde la óptica del Derecho Internacional Público y los Derechos Humanos la vigencia real y efectiva del derecho a la igualdad y el derecho a la constitución de la familia diversa.

## **CONCLUSIONES**

1. El derecho a la igualdad tiene un amplio e interesante desarrollo teórico y doctrinario que permite comprender el contenido de las normas constitucionales que lo regulan.

- De la misma forma que se puede llegar a comprender su importancia en las democracias liberales que se desarrollan en el Estado Social y Democrático de Derecho; es importante reconocer estas teorizaciones, pues a través de ellas se puede entender la ideología jurídica con la actúa el poder público, en particular los jueces constitucionales cuando determinan políticas públicas y sociales a través de la interpretación constitucional.
2. La Corte Constitucional colombiana tiene tres tipos metodológicos de aplicación del derecho a la igualdad. En algunas ocasiones aplica el test de igualdad europeo, mediante el cual aplica el principio proporcionalidad. En otras aplica el test norteamericano y sus diferentes niveles de análisis débil, estricto e intermedio. Y muchas ocasiones aplica el test creado por ella misma que se conoce como juicio integrado de igualdad. Esto le ha permitido a la Corte llenar de contenido el artículo 13 de la Constitución Política, dotando al Estado colombiano de una racionalidad propia de las democracias liberales en su variante deliberativa, la cual es propicia para el respeto y el desarrollo de los derechos fundamentales.
  3. En el caso de los derechos de las parejas del mismo sexo es claro que la Corte aplica el test norteamericano, aplicando de preferencia el escrutinio estricto de igualdad, esto bajo el entendido que cuando se presentan los casos de violación al derecho a la igualdad la Corte entiende siempre que son discriminaciones basadas en criterio sospechosos como el sexo, el género y la orientación sexual, de tal manera priman los derechos fundamentales sobre cualquier otro tipo de consideración. En esto es importante resaltar que la Corte le ha dado libre a las garantías fundamentales primarias y secundarias, logrando así que la Constitución Política se

- convierte en elemento de control y en un límite al poder del Estado que se ejerce según la lógica de las mayorías. Lo que muestra que la Corte a través de sus posturas ejerce un poder contra mayoritario que permite llevar a la práctica la Constitución y los derechos fundamentales de grupos sociales que, como los LGBTI, han sido excluidos, marginados y discriminados históricamente por una mayoría social que impuesto modelos de conducta y de prácticas afectivas y sexuales.
4. En relación con el principio democrático, entendido como aquella facultad del órgano legislativo de tomar decisiones fruto de la representación democrática que ejerce en relación con el poder constituyente, la Corte Constitucional advierte que este principio siempre debe ceder ante los actos de discriminación que por acción o por omisión se encuentren en la legislación, ya que cuando los actos de discriminación se basan en criterios sospechosos como el sexo, el género y la orientación sexual, el legislador carece de un amplio margen de configuración legislativa, razón por la cual no puede intervenir derechos fundamentales sin una justificación racional y proporcionada que justifique dicha intervención. Por eso los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo acaban siempre por tener más peso que la democracia mayoritaria entendida como principio constitucional.
  5. En Colombia, en el Derecho Internacional Público y, sobre todo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe un índice alto y fuerte de protección a las parejas del mismo sexo, esto se puede notar claramente en los diferentes tratados internacionales que protegen a la comunidad LGBTI y en la jurisprudencia constitucional y en la jurisprudencia de

- la Corte Interamericana de Derecho Humanos (por ejemplo: caso Atala), esto en razón a que el tribunal constitucional y el tribunal interamericano han entendido que la comunidad LGBTI es una minoría que históricamente ha sido discriminada y que por ende se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta en relación con una mayoría heterosexual que insiste en la realización de actos discriminatorios desde el punto de vista familiar como desde el punto de social y político.
6. Es importante reconocer que el Estado colombiano ha incurrido en una omisión legislativa en relación con la regulación de los derechos de la comunidad LGBTI en general y en particular con los derechos de las parejas del mismo sexo, pues como puede verse estos derechos están protegidos plenamente en el ordenamiento jurídico internacional, el cual vincula con carácter obligatorio a los Estados parte de la comunidad de naciones ordenándoles la realización de actos de promoción y protección de derechos humanos. Aspecto que muestra que ese déficit legislativo es un acto de incumplimiento del Estado colombiano frente a sus deberes impuestos por el sistema jurídico internacional, lo que lo hace de algún modo responsable por violación de los principios de *ius cogens* como el *pacta sunt servanda*; situación que no cabe duda ha suplido la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia que se ha analizado descriptivamente en este trabajo.
  7. Por último, es importante que todas las personas en el Estado colombiano conozcan lo consagrado en las sentencias de la Corte Constitucional en relación con los derechos de los LGBTI, ya que esto es una forma de difundir y proteger

los derechos humanos y crear conciencia social, política y jurídica que en el Estado Social de Derecho esta proscrita toda forma acción discriminatoria. Las sentencias de la Corte son en ese orden de ideas muestra de esa conciencia a nivel constitucional y cultural, así como también son prueba del carácter normativo de nuestra Constitución Política y del cumplimiento de los compromisos pactados en el ámbito internacional. De esta forma también se evidencia la influencia o el impacto del Derecho internacional en el Derecho interno y de una relativización del principio democrático el cual debe ceder antes las garantías fundamentales; la soberanía en ese sentido también ceder ante los derechos humanos.



## REFERENCIAS

- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derechos de los Derecho. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Bonilla, D. Parejas del Mismo Sexo En Colombia: Tres Modelos Para Su Reconocimiento Jurídico Y Político (Same-Sex Couples in Colombia: Three Models for their Legal and Political Recognition) (April 28, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2772232> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2772232>
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una Teoría Analítica del Derecho, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid.
- Constitución Política de Colombia.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 022 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 093 de 2001, M.P Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 104 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 336 de 2008, consideración No. 7.8, M.P Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, Sentencia C – 371 de 2000, M.P Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C – 577 de 2011, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sentencia C – 673 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C – 798 de 2008, consideración No. 15, M.P Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C – 811 de 2007, consideración No. 5, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007, consideración No. 6.2.2, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-238 de 2012, consideración No. 6, M.P Gabriel Eduardo Martelo Mendoza.

Corte Constitucional, Sentencia SU – 214 de 2016, M.P Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Sentencia T – 141 de 2013 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C – 265 de 1994, M.P Alejandro Martínez Caballero,

Corte Constitucional, Sentencia C – 104 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C – 179 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C – 520 de 2016, M.P María Victoria Calle Correa.



- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Caso Atala Riffo y Niñas contra Chile.
- Giraldo Cuervo, N. (Coordinadora de investigación). Matrimonio para las parejas del mismo sexo un debate inacabado, Boletín de seguimiento N° 219 de Abril 30 de 2013. *Observatorio del Instituto de Ciencia Política*, Hernán Echavarría Lozada, Bogotá.
- Guastini R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría de derecho*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Gedisa, Barcelona, España.
- León Gómez A. (2006). La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales. En: *La aplicación judicial de los Tratados Internacionales*, ILSA, Bogotá, Colombia.
- López Medina D. E. (2016). *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*, Legis, Bogotá.
- Naciones Unidas. (2012). *Nacidos libres e iguales* (publicación). Nueva York – Ginebra.
- Nino Carlos, S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional*, tercera reimpresión, Astrea, Buenos Aires.
- Parra Dussan, C. (2012). *El Derecho a la igualdad en nuestro Estado Social*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.
- Quinche Ramírez, M. F. y Peña Huertas, R. del P. (2013). *El derecho judicial de la Población LGBTI y la familia diversa*, Legis, Bogotá, 2013.

Quinche Ramírez, M.F. (2009). *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas*, Tercera edición, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

Ruiz Miguel, A. (2003). Sobre el concepto a la igualdad. En: *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, compilado por Miguel Carbonell, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.