



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC3462-2021

Radicación: 25754-31-10-001-2017-00070-01

(Aprobado en Sala virtual de ocho de julio de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de casación de Johao Enrique Zúñiga Hernández, interpuesto contra la sentencia de 25 de septiembre de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, en el proceso verbal incoado por el recurrente contra herederos ciertos e indeterminados del causante Carlos Arturo Abril.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum.** El demandante solicitó declarar que conformó con el fallecido una unión marital de hecho y una sociedad patrimonial.

1.2. **La causa petendi.** La convivencia como pareja, bajo el mismo techo en forma continua e ininterrumpida, empezó el 4 de diciembre de 2008 y culminó el 10 de julio de 2016, fecha del deceso de Carlos Arturo Abril.

El hecho era notorio para el “*círculo social más cercano*”. Por ello, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- reconoció la mesada de sobreviviente a favor del promotor.

1.3. **El escrito de réplica.** Luz Amparo Contreras Abril, hermana del causante, resistió las pretensiones. Adujo que los grupos familiar y social de su consanguíneo nunca conocieron la “*vida en común*”, el “*acompañamiento espiritual*” o el “*apoyo económico mutuo*”. El inmueble referido solo provenía del fruto de su trabajo.

1.4. **La sentencia de primera instancia.** El 7 de junio de 2018, el Juzgado de Familia de Soacha negó las súplicas. Encontró desvirtuados los testimonios del demandante con las declaraciones de descargo. Y, si bien Johao y Carlos tuvieron una relación afectiva, la convivencia no fue estable ni permanente durante el tiempo indicado en el libelo.

1.5. **La de segunda instancia.** Confirmó la decisión al resolver el recurso de apelación del accionante.

2. RAZONES DEL TRIBUNAL

2.1. Sin desconocer la relación de “*noviazgo*”, “*sentimental*”, en el proceso existían dos grupos de testigos. Unos, apoyando la unión marital y, otros, negándola.

2.1.1. Henry Enrique Vega y José Félix Canedo, integrantes del primero, señalaron que la convivencia se desarrolló, desde 2008, en el barrio “*Bonanza*” de Bogotá;

luego, en el apartamento de Soacha. Concordaron en que el causante “*siempre vivió*” con María Cenovia Palma, su figura materna, y quiso una “*relación oculta ante la familia por miedo a ser rechazado*”; empero, ante la comunidad “LGBTI, presentaba al demandante como su pareja.

2.1.2. El segundo lo conformaban Nancy Rubiela Pacheco Univío, Luis Eduardo Abril Rodríguez, María del Carmen González y Héctor León Arias Alfonso.

Los tres primeros conocieron al fallecido cuando se pasó a la vivienda de Soacha con María Cenovia Palma, en 2014, y supieron de la existencia del demandante en 2016, época de su llegada a residir como inquilino. Refirieron también que quienes estuvieron atentos a la hospitalización de Carlos Arturo Abril, fueron su hermana, sobrinas y familia.

El otro, propietario de la casa en Bonanza, dijo que le arrendó al causante, entre 2000 y 2011, una unidad habitacional del primer piso, luego se fue a vivir a cuadra y media con la señora María. El demandante, por su parte, también le tomó en arriendo, durante tres o cuatro meses, una habitación en el segundo nivel.

2.2. Este último grupo de testigos, entonces, desvirtuaba la unión marital indicada por el primero. En “*Bonanza*” el pretensor vivió un período corto y, en Soacha, compartió con Carlos Arturo Abril, pero en calidad de arrendatario. Y el reconocimiento de la pensión debía analizarse en conjunto con los demás medios probatorios.

En adición, el requisito de la singularidad no se cumplía, porque Félix Antonio Rivera Beltrán declaró que había tenido una vida de pareja con el causante durante 22 años.

2.3. En suma, la relación marital de hecho solicitada no se configuraba.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

3.1. El único cargo formulado acusa la violación indirecta de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 54 de 1990.

3.2. Según el recurrente, el Tribunal no valoró las pruebas en forma individual ni en conjunto conforme lo manda el artículo 176 del Código General del Proceso. Incurrió, así, en errores de hecho probatorios.

3.2.1. Desconoció que los testigos Henry Enrique Vega y José Félix Canedo hacían parte de la comunidad LGBTI y eran cercanos a la pareja Zúñiga-Abril. Aunque se trataba de una relación clandestina ante la sociedad, cierto era, no lo fue frente al grupo social más cercano.

Cercenó en los citados declarantes el vínculo afectivo entre los compañeros permanentes y María Cenovia Palma. A la muerte de Carlos Arturo, Johao Enrique se hizo cargo de ella hasta su deceso en el mismo domicilio de la pareja.

3.2.2. Pretirió las inconsistencias de la deponente Nancy Rubiela Pacheco Univío. Por razones de vecindad, manifestó su cercanía con el causante, sin embargo, no le constaba si el demandante pagaba arriendo ni sabía del *“trato de ellos dos al interior del apartamento”*.

Igual cosa ocurrió al apreciar las versiones de Luis Eduardo Abril Rodríguez y María del Carmen Rodríguez. Pese a su cercanía con el interfecto, no advirtió que éste encargó el cuidado de María Cenovia Palma, precisamente, a quien consideraban arrendatario. Se aunaba el actuar *“pasivo, negligente y permisivo”* de los testigos, incluido el de la heredera Luz Amparo Contreras Abril, para lograr la restitución del *“inmueble de su familiar”*.

3.2.3. Omitió las inconsistencias de Félix Antonio Rivera Beltrán. Su relación marital con el causante reñía con la versión de Héctor León Arias Alfonso. Mientras aquél dijo que se conocieron en 1994, en la casa de este último, el otro sostuvo que Carlos Arturo vivió allí desde 2000 y que no permitía el ingreso de personas extrañas.

3.2.4. Hizo a un lado la postura de Héctor León Arias Alfonso, *“radicalmente conservadora y reticente frente a la comunidad homosexual, la cual justamente conllevó a que tanto en ese lugar como en los demás donde convivieron, esta no fuera visible a la sociedad”*.

3.2.5. Prefirió las declaraciones que daban cuenta del rechazo de las personas con orientación sexual diversa y de

negación de sus proyectos de vida. De ahí que tales testigos no podían informar nada por ser ajenos a ese círculo social.

3.3. Concluye el impugnante que si el *ad-quem* hubiere valorado los testimonios de acuerdo con la realidad que afrontan las parejas homosexuales, habría declarado la unión marital de hecho impetrada.

3.4. Solicita, en consecuencia, casar la sentencia cuestionada y proceder de conformidad.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El reclamo extraordinario se resolverá desde la óptica del yerro de derecho, atendiendo la preceptiva y las finalidades de la casación en el Estado Constitucional y Social de Derecho, como tarea asignada históricamente a esta Corte. En la demanda de casación no aparece ningún argumento dirigido a censurar la materialidad u objetividad de la prueba, de modo que todo se reduce a la evaluación individual y en conjunto de los elementos de convicción acopiados de conformidad con lo establecido en el precepto 176 del Código General del Proceso.

La interpretación anunciada, desde luego, deja a salvo los derechos de defensa y contradicción de los no recurrentes por vía del traslado para la réplica y, en el caso, ésta entendió los alcances de la impugnación, exponiendo que las fallas probatorias denunciadas no existían; sostuvo que la clandestinidad de la unión marital de hecho pedida,

almendra de la discusión, obligaba a demostrar sus requisitos sustanciales.

4.2. Para el recurrente la valoración probatoria efectuada por el juzgador no fue acertada. La inexistencia de la relación de familia que halló el *ad quem* la ancló en un análisis aislado de las pruebas, al margen de la realidad vivida por las personas con distinta orientación sexual. Reprocha entonces al sentenciador, denunciando que esa comunidad de vida diversa, permanente y singular, en general, se manifiesta en espacios cerrados para huir del temor y de la discriminación de la sociedad.

El Tribunal, por lo tanto, al contrastar la eficacia demostrativa de los medios de persuasión, se enrutó y decantó por aquellos que reflejaban un contexto disímil al investigado, prejuicioso y estereotipado, de contera, descalificando, los coherentes con aquella habitualidad diversa.

4.3. La cuestión, en consecuencia, se enmarca en la incidencia del razonamiento probatorio y en las formas de juzgamiento de aquellas realidades familiares minoritarias, discriminadas y excluidas, como en el caso de las parejas del mismo sexo, que difieren en su estructura e idiosincrasia frente a las formas de familia convencionales de carácter binario de nuestra cultura occidental donde el género y el sexo aluden exclusivamente a lo masculino/hombre y femenino/mujer, que como categoría conceptual rígida se impone por regla general en la mente de los juzgadores y

que, como modelo excluye la otredad o repudia el principio de alteridad o de diversidad frente a la realidad juzgada y socava el derecho a la igualdad.

Se trata de arquetipos que en lo judicial trascienden ineluctablemente, en forma manifiesta o latente, en la instrucción probatoria y en el juzgamiento, llegando a desconocer los derechos materiales de la diversidad cuya consecuencia ha sido la restricción en el goce de sus derechos. En estos casos se requiere un escrutinio judicial y una fiscalización más intensa para no menoscabar la tutela judicial efectiva de los sectores minoritarios que se hallan en desventaja ante la existencia de una sistemática vulneración de sus derechos en diferentes instancias sociales, políticas y jurídicas.

El problema, por tanto, tiene ribetes morales y éticos, políticos y constitucionales, y por supuesto legales, determinantes en la forma de hacer justicia. Pero en esta sede jurisdiccional ante esta Corte, sin duda, tiene efecto en las finalidades del recurso de casación en su tarea nomofiláctica desde la perspectiva constitucional y legal en cuanto el instituto casacional demanda el respeto y observancia del derecho fundamental a la igualdad y, en general, la guardianía de todo el catálogo de derechos constitucionales. Cuando el juez del Estado Constitucional da trato desigual a iguales o, da igual trato a desiguales ofende los derechos materiales porque desconoce las diferencias que pueden existir entre personas, grupos o comunidades. Esa forma de trato es discriminatoria y por

tanto, inconstitucional y antiética, cual hace siglos lo postuló Aristóteles, en su *Ética Nicomachea*, al abrir la senda conceptual para reclamar sin reticencias y sin temores "(...) *cuando a los iguales se les otorgan o poseen partes desiguales o a los desiguales partes iguales*"¹.

La comprensión y el respeto por lo diverso y diferente, es un principio moral y filosófico anidado en el espíritu de la Constitución hoy vigente, médula de la labor judicial, para otorgar trato igual a lo igual y desigual a lo desigual en forma real y material. Ello se acompasa con una serie de premisas plasmadas en la esencialidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero concordante con la regla 13 de la Carta colombiana vigente hoy, consagratoria del principio de la igualdad, así como con la 42 cuando postula que "*El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia (...)*", y con el precepto 16 al defender que "*Todas las personas tienen derecho a libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*".

En esas condiciones, el entendimiento del contexto y circunstancias culturales en que se desarrolla la relación familiar y jurídica del caso resulta indispensable en la apreciación individual y en conjunto de las pruebas.

La solución del problema y, por contera, del cargo formulado, implica para la Sala enfrentar dos temáticas: 1.

¹ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea* [Ética a Nicómaco], trad. de W.D. Ross, OUP, c. 1925, Libro V, 3, 1131a.

El deber de ejecutar en hipótesis de esta naturaleza un juzgamiento con perspectiva de género con el fin de establecer y visibilizar la discriminación histórica y sistemática de los derechos de las personas con orientación sexual diversa, sus causas y consecuencias. 2. Inquirir y determinar cómo es la realidad generalizada, la que permite encontrar criterios epistémicos y descriptivos para realizar una instrucción o una investigación probatoria adecuada; pero, también el fundamento para hallar las reglas de experiencia más aptas que sirven de parámetro para la valoración racional de los distintos elementos de juicio o de convicción acopiados en las causas juzgadas y relacionadas con una perspectiva de género en forma transversal.

El examen estará guiado, como ya se anunció, por el principio universal de igualdad y no discriminación en atención a mandatos convencionales y constitucionales con perspectiva de género, pero igualmente teniendo en cuenta el aporte de las ciencias sociales y de la doctrina judicial².

Se trata de juzgar prerrogativas asociadas con la identidad y opción sexual de las personas, familias o grupos histórica y sistemáticamente discriminadas, distintas al modelo heterosexual hegemónico de nuestras actuales formas culturales y jurídicas.

² De alguna manera se siguen los análisis de Gordon Allport (1954), Rebecca Cook, Simone Cusack (2009), Theodor Adorno, Walter Lippmann, Henri Tajfel, entre otros teóricos; la doctrina de ésta Sala, de la Corte Constitucional colombiana y del sistema interamericano. Además, con ese apoyo, se aborda el estudio particular, de una serie de categorías científicas y otras sospechosas, que permiten resolver la situación de facto en forma inclusiva desde un derecho justo.

Entender esos contextos precisa analizar, primero, los patrones socioculturales desarrollados por la humanidad en la determinación de esa dinámica, empezando por identificar sus causas: estereotipos, prejuicios, la base cognitiva o epistemológica, pero también los fundamentos culturales, más allá de criterios naturalistas o biologicistas. Luego, se estudiará la forma como el derecho ha afrontado esa realidad y concretamente la justicia siguiendo la perspectiva de género.

4.4. El contexto de discriminación de las parejas diversas y la perspectiva de género

4.4.1. La segregación social de las personas con orientación sexual diversa o de identidad de género, o expresiones de género o con características corporales³ que difieren del binario masculino-femenino, es innegable.

³ **Identidad de Género:** “La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos”. **Expresión de género:** “Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida” (Ver Corte IDH. “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Párr. 32).

Diversidad corporal. se refiere a una amplia gama de representaciones del cuerpo, por ejemplo, variaciones en la anatomía sexual que se expanden más allá del binario hombre/mujer. Intersex es un término sombrilla que abarca esta diversidad corporal. Comisión IDH, Relatoría de Derechos LGTBI. Conceptos Básicos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

“[V]iven en contextos (...) en los que la violencia, los prejuicios, los estereotipos, y la intolerancia impiden que (...) puedan ejercer de forma plena todos sus derechos humanos, así como desarrollar sus proyectos de vida con autonomía, dignidad, y libres de toda forma de discriminación”⁴.

Una serie de criterios de raza, sexo, género, orientación sexual, posición económica, entre otros, se estructuran en cada cultura o en cada Estado, como modelos tradicionales y patriarcales de pertenencia y de conducta a seguir por los ciudadanos para justificar un trato desigual. El seguimiento y asimilación de las personas de dichas condiciones garantiza seguridad y bienestar para quien se somete a ese paradigma. Por el contrario, para la minoría, el diversa o el contestataria, al estar separada de dicho patrón o de las normas sociales generalmente aceptadas, determina su exclusión por regla general, al no seguir las pautas culturales del grupo mayoritario o de la identidad sociocultural dominante o de las categorías universal o tradicionalmente aceptadas y, como resultado, son calificadas como anormales, antinaturales, son instrumentalizadas o deshumanizadas.

Esos imaginarios así contruidos limitan la acción de los sujetos, pero esencialmente de quienes son diferentes. La familia y sus modos de conformarla no han escapado a ese impacto; necesaria y causalmente están determinadas por

⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2018). *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. Washington: Organización de Estados Americanos, 2018, p. 17.

ese modelo dominante. Las diferentes formas de familia, los grupos urbanos, la religión y los roles laborales, deportivos y domésticos, asociados con el sexo y la heterosexualidad, se edifican en tales imaginarios. El vigor de los mismos ha sido tal que, históricamente han resultado suficientes para controlar y direccionar las comunidades y las relaciones de poder al interior de las familias o de los grupos, de tal forma, que solo resulta pertinente, la aceptación del tipo de familia dominante, generando una visión colectiva única y permanente que da aparente seguridad y estabilidad al *statu quo*, pero que discrimina a los grupos o familias diversas.

En ese mundo, *“las personas y las cosas ocupan un lugar inequívoco y su comportamiento responde a lo que esperamos de ellos. Por otro lado, hace que nos sintamos como en casa, porque pertenecemos a él, somos miembros de pleno derecho y en su interior sabemos cómo y por dónde movernos. En ese mundo encontramos, además, el encanto de lo que nos resulta familiar, normal y fiable, y sus vericuetos y contornos siempre están donde esperamos encontrarlos”*⁵.

Fuera de esa burbuja, todo se observa extraño. Las personas que disienten, así sea parcialmente, o deciden alejarse del sofisma o imaginario creado, son consideradas apátridas, raras, no confiables. El modelo dominante o generalizado, las aparta de la virtud, de los valores, de lo normal.

⁵ LIPPMANN, Walter. *Public opinion (La opinión pública)*. Traducido por Guinea Zubimendi, Blanca. Cuadernos de Langre, S.L., 2003. p. 89.

Esa comprensión egoísta y reduccionista de la realidad, traída como verdad, se fortalece en el porvenir por el ciclo de ingreso de nuevos integrantes que reciben las creencias definitorias; pero, al tiempo, se legitima mediante instituciones creadas por la misma organización social. La representación de ese estado de cosas por el arraigo en las prácticas familiares, sociales, culturales y normativas, sin embargo, olvida la individualidad del ser humano o de lo diferente; la oculta, doblega o anula para imponer la visión mayoritaria considerada correcta.

Las personas son categorizadas. El hombre, por ejemplo, predispuesto por modelos patriarcales o machistas a ser rudo, proveedor del hogar, líder de la familia, encargado de trabajos que exigen fuerza, debe sentir atracción emocional y sexual por las mujeres, sin importar que emocional, afectiva y sexualmente no se sientan atraídos por éstas. Ese es el parámetro a seguir, porque rebelarse contra él o no aceptarlo, implica apartamiento, relegación o destierro a espacios psicológicos o sociales reducidos y excluidos; y, en consecuencia, se va configurando una modalidad de segmentación fundada en diferencias intergrupales. Los afines a los modelos estandarizados, son conocidos como endogrupos o grupos internos; y, los contrarios, exogrupos o grupos externos al no seguir el arquetipo general o la forma cultural y familiar de la mayoría.

Las relaciones intergrupales acentúan esos imaginarios o formas ideológicas. En la medida en que haya “*asimilación*” al grupo dominante se minimizan las diferencias y, en el

evento de que aparezca el “*contraste*”⁶, se intensifican. Como particularidad de esos enlaces en los endogrupos, mayoritarios y discriminadores, las cualidades consideradas positivas del grupo se refuerzan, por ejemplo, señalando que sus miembros son los mejores, que los hombres son los fuertes o que, la familia heterosexual es la única; mientras se califican o predicen como negativas las de los grupos diversos, aumentando las distancias, porque “*ellos son peores*”, “*los gais son débiles*”, “*sus relaciones son anormales*”.

Ello repercute en un proceso de homogenización de ese grupo, para ver y tratar a sus integrantes por su pertenencia a él, y no por sus atributos, capacidades y calidades particulares, de tal modo, el sujeto diverso es etiquetado como otro más de ese conjunto y se le expropia de su libertad, individualidad, autonomía y singularidad. Basta que se infiera su pertenencia a ese grupo, y “*todas las dimensiones de la personalidad que hacen que una persona sea única, serán (...) filtradas a través del lente de dicha visión generalizada o preconcepción sobre el grupo con el cual se le identifica*”⁷.

Cuando se juzgan relaciones familiares como las del caso, el juez debe estar alerta porque aquéllas son

⁶ CASAS MARTÍNEZ, María. “*Prejuicios, estereotipos y discriminación. reflexión ética y psicodinámica sobre la selección de sexo embrionario*”. Santiago de Chile: Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2008. Acta Bioética Vol. No 14. p. 151. ISSN: 0717-5906.

⁷ COOK, Rebecca. y CUSACK, Simone. *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives (Estereotipos de género: Perspectivas legales transnacionales)*. Traducido por Parra Andrea. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2009, p. 31.

preconcepciones irracionales y manifestaciones sociales que inciden en una forma equivocada de juzgamiento. El juez debe comprender que conceptualmente se presentan una serie de categorías, de las que, si no es consciente, alteran la forma de solucionar el caso. Se trata de las categorías estereotipo, prejuicio y discriminación, las cuales históricamente han marcado la relación entre los grupos enfrentados y la dialéctica entre la visión dominante que solo admite la relación binaria hombre-mujer, y la de los grupos minoritarios o exogrupos, que repercute derechamente en la segregación de los grupos diversos y en sus relaciones de pareja o de familia.

La primera categoría atrás aludida, el estereotipo es el elemento “*cognitivo*”, que atañe a las creencias generalizadas sobre las características de un grupo. La segunda, es el prejuicio que consiste en el componente “*actitudinal*” y concierne a las emociones, sentimientos o juicios de valor negativo que tenemos las personas para calificar a otro individuo o grupo en términos peyorativos en forma instintiva o injustificada con fundamento en nuestras creencias o estereotipos, como, por ejemplo, cuando pienso “*esa persona es rara*”. Y la última, es la discriminación que corresponde al elemento “*conativo*” o comportamental, que, como tal, materializa externamente los estereotipos y prejuicios, al dar en la vida real trato diferente al grupo diverso, motivado por la antipatía o por la opinión que se tiene de este⁸.

⁸PUERTAS VALDEIGLESIAS, Susana. “Aspectos teóricos, sobre el estereotipo, el prejuicio y la discriminación”. 2004. Dialnet. Seminario Médico Vol. No 56. p. 140. ISSN 0488-2571.

Sus connotaciones y efectos hacia los grupos discriminados son evidentes. En la pluralidad de individuos florecen cómodas generalizaciones que perciben y explican características o conductas individuales, las cuales favorecen segmentaciones sociales fundadas en diferencias negativas. Gracias a la visualización despectiva de la minoría, la identidad hegemónica se fortalece, y se refleja mediante una *“actitud desfavorable (...) vinculada a una creencia excesivamente generalizada (y por lo tanto errónea)”*⁹. Verbi gratia, cuando un heterosexual, dueño de un restaurante, considera a los gais pervertidos y despreciables, tal consideración constituye un estereotipo (aspecto cognitivo, en cuanto generalización negativa), pero también es un prejuicio (aspecto actitudinal, como postura peyorativa frente a los gais), y como consecuencia, cuando les impide el acceso al establecimiento público, incurre en discriminación (elemento conativo, por cuanto externaliza o materializa el estereotipo y el prejuicio)¹⁰.

Esas tres categorías, como relación triádica comportan sesgos cognitivos o espistemológicos que distorsionan severa, drástica y profundamente la percepción de las personas, y por supuesto, del investigador, del abogado o del juez. El imaginario construido es asumido como el correcto y cierto; inclusive, frente a la evidencia en contrario, y su equivocidad se valida sin parar mientes en la individualidad del ser

⁹ ALLPORT, Gordon. *The Nature of Prejudice (La naturaleza del prejuicio)*. Original Traducción Malfé R. Cambridge, Massachusetts: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1954. p. 27.

¹⁰ Si bien en ocasiones, el rechazo al exogrupo no le precede un sentimiento hostil pues basta la categorización (como en el caso de la expedición de leyes que niegan derechos a un sector de la población LGBTI), lo común es que donde exista un estereotipo concorra el prejuicio y se expresen en la discriminación.

humano. Esto allana el camino para generalizar erróneamente a las personas y hacerlas presa de humillación por quienes se creen mejores o superiores.

La sicología social¹¹ ha dilucidado la génesis y efectos de las categorías estereotipo, prejuicio y discriminación en los procesos cognitivos con cierta uniformidad colectiva en relación con los grupos sociales, advirtiendo que las mismas constituyen una degradación del pensamiento categórico que afecta la solución racional de los problemas.

En el contexto jurídico, el pensamiento categórico como parte de la epistemología judicial o jurídica es un área del conocimiento que nos permite entender desde el punto de vista conceptual el problema planteado en este caso, o en situaciones análogas para hacer una investigación o instrucción probatoria de los hechos con carácter científico o mucho más racional y menos subjetiva o parcializada. Su sentido heurístico precisa *“una función activa, que consiste en recordar-percibir-juzgar-planear”* conforme a *“un agrupamiento de ideas asociadas que -en conjunto- tienen la propiedad de guiar los ajustes cotidianos”*¹².

¹¹ MONTES BERGES, Beatriz. *“Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio”*. Jaén: Revista Electrónica. Universidad de Jaén, 2008, p. 1. ISSN-e 1988-415X. También CASAS MARTÍNEZ, María. *“Prejuicios, estereotipos y discriminación. reflexión ética y psicodinámica sobre la selección de sexo embrionario”*. Santiago de Chile: Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2008. Acta Bioética Vol. No 14. ISSN: 0717-5906.

¹² ALLPORT, Gordon. *The Nature of Prejudice (La naturaleza del prejuicio)*. Original Traducción Malfé R. Cambridge, Massachusetts: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1954. p. 190 y 193.

En ese proceso cognitivo cuando por ejemplo, señalamos: Se evitan las calles oscuras y solas ante el peligro advertido por la generalidad; los padres toman a sus hijos de la mano en lugares concurridos de personas para que no se extravíen. Se tolera el ingreso de un colibrí a un hogar por ser agradable la presencia de las aves, etc.; se trata de generalizaciones que guían nuestro actuar cotidiano, pero que no revisten carácter peyorativo. Pero esto no ocurre cuando se utilizan los prejuicios, estereotipos y se discrimina porque se trata de categorías irracionales, inválidas y degradantes del derecho a la igualdad.

En el universo, la *“mente humana tiene que pensar con la ayuda de categorías (el término es equivalente a generalizaciones). (...) No hay modo de evitar este proceso. La posibilidad de vivir de un modo algo ordenado depende de él”*¹³. La realidad es caótica. Se debe simplificar a partir de datos objetivos para hacerla manejable. Detenerse en cada suceso de la vida para analizarlo sería renunciar a existir, en tanto, el tiempo se agotaría en menos de nada.

El ser humano, de cara a un hecho, busca la manera más fácil de percibirlo, explicarlo, entenderlo causalmente y enfrentarlo. Se trata del principio del menor esfuerzo. Es un atajo mental. Acude a una categoría o subcategoría preformada, preconcebida o generalizada que comparta rasgos familiares donde pueda tipificar el suceso. Lo describe e identifica y prescribe cómo debe abordarlo.

¹³ Ídem pág. 151 y 152.

Sus aplicaciones variopintas son indispensables para guiar la existencia del ser en forma individual y social. Si un niño juega con una pelota al lado de la carretera, el pensamiento categórico permite entender la realidad con rapidez. La generalización en la mente advierte que el balón puede rodar y se hace inminente una lesión causada por los vehículos que circulan en la vía. Se impone como respuesta actuar de inmediato y salvar la vida.

Las categorías basadas en evidencias objetivas son racionales o válidas, cual ocurre con las reglas de la experiencia o de la ciencia de gran apoyo probabilístico. Pero también pueden ser irracionales o inválidas, es el caso de los estereotipos o prejuicios. Las primeras ayudan a percibir en forma correcta la realidad; las segundas, a distorsionarla, con las consecuencias inherentes, entre otras, la discriminación.

La *raíz cognitiva* vista, en su variante negativa, posibilita el *estereotipo* y la razón del *prejuicio* manifestado en *discriminación*. Los factores situacionales (laborales, familia y salud) y generales (cultura, religión y derecho)¹⁴, son la receta perfecta para formar *contextos* en donde endogrupos heterosexuales o dominantes procuran imponer su identidad social frente exogrupos o minorías diversas que no comparten ese modelo.

¹⁴“Existen muchos factores contextuales que explican cómo los estereotipos contribuyen a la estratificación social y a la subordinación. Una aproximación al contexto” se da además por los situacionales y generales. COOK, R. y CUSACK, S. *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Título original *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Traducido por Parra Andrea. University of Pennsylvania Press, 2009, p. 37.

Los contextos de discriminación que viven las personas con orientación sexual diversa, en efecto, parten de la misma dinámica; reconocerla y comprenderla es el primer paso a emprender por la sociedad, sus instituciones, el derecho y los jueces en particular, para evitar que esa realidad se perpetúe y así, pueda ayudar a su eliminación.

4.4.2. **La raíz conceptual o epistemológica.** Ahora bien, las categorías tienen su fuente en una raíz cognitiva válida, que finalmente deben diferenciarse del estereotipo, en cuanto éste, es una generalización inválida y errónea de la realidad. Por ello, siguiendo a Allport, el estereotipo es la *“idea fija que acompaña a la categoría”, “entra en juego solamente cuando la categoría inicial se carga de imágenes y juicios”*¹⁵, por supuesto, generalizados y erróneos. Las categorías que dan lugar a los estereotipos de género sobre la orientación sexual corresponden al “sexo” y al “género”.

El sexo alude a las *“diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres”*¹⁶. El género, a los *“roles, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad determinada, en una época determinada, considera apropiados para hombres y mujeres. Es una construcción*

¹⁵ ALLPORT, Gordon. *The Nature of Prejudice (La naturaleza del prejuicio)*. Original Traducción Malfé R. Cambridge, Massachusetts: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1954, p. 216.

¹⁶ CORTE IDH. *“Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”*. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Párr. 32.

*social y cultural que asigna a las personas unos roles y conductas esperadas dependiendo de si se es hombre o se es mujer. Establece qué se entiende por femenino y por masculino en cada sociedad*¹⁷.

La colectividad ha relacionado, entremezclado y confundido esos conceptos, contaminando del mismo modo la prueba de los hechos y la forma de hacer justicia. Por supuesto, “[e]l sexo biológico es la materia prima que las culturas moldean para formar los géneros y las sexualidades”¹⁸, pero no es el género mismo. Por regla general, el sexo es el elemento inmutable en el sentido biológico del término. El género, en cambio, responde a una categoría fluida, variable de naturaleza multidimensional, acorde con la dinámica sociocultural que lo edifica.

4.4.3. Estereotipos de género, y orientación sexual.

Los estereotipos, como se anticipó, son creencias generalizadas construidas social y culturalmente sobre los atributos personales de hombres y mujeres. “[D]ichas creencias pueden implicar una variedad de componentes incluyendo características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual”¹⁹.

Los estereotipos son descriptivos si caracterizan a hombres y mujeres; y prescriptivos, cuando indican

¹⁷ Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. *Cartilla Género*. Página 17.

¹⁸ COOK, R. y CUSACK, S. Op. Cit., p. 24.

¹⁹ Ídem pág 23.

parámetros que deben soportar. El proceso de atribuir a un individuo roles por su pertenencia a un grupo particular se conoce como estereotipación o asignación de estereotipos²⁰.

Atrás se distinguió entre grupos dominantes o mayoritarios y grupos minoritarios o diversos. Del mismo modo, con respecto al estereotipo debe diferenciarse entre el estereotipo binario dominante denominado “sistema binario sexo/género, y respecto del grupo discriminado diversidad sexo/género o diversidad sexual o de género. El sistema binario sexo/género, es un modelo hegemónico, y siguiendo el sistema interamericano de derechos humanos, corresponde al *“modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan dos, y sólo dos, categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías”*²¹. De la misma manera las Naciones Unidas señalan que *“La diversidad sexo-genérica hace referencia a todas las posibilidades que tienen las personas de asumir, expresar y vivir su sexualidad, así como su identidad y su orientación sexuales. Respetar y garantizar los derechos humanos de estas diversidades implica reconocer que todos*

²⁰ La estereotipación al tener como base el pensamiento categórico asocia similares funciones, además de las que sirven al favorecimiento grupal o al fortalecimiento de la identidad social del endogrupo. Según Tajfel las funciones pueden ser individuales: 1. Para simplificar la realidad, en tanto la percepción de una persona está dada por las características del grupo al que considere pertenece. 2. Defender el sistema de valores de quien estereotipa. En la medida que el estereotipo se comparte con otros provoca “que fácilmente sean reforzados”. Y sociales: 1. “La explicación de la realidad social y su causalidad”. 2. Justificar el trato, los sentimientos de aversión y maltrato al exogrupo. 3. Favorecer al endogrupo, para mantener una identidad positiva y su superioridad frente al exogrupo.

²¹ CORTE IDH. *“Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”*. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Párr. 32.

*los cuerpos, todas las sensaciones y todos los deseos tienen derecho a existir y manifestarse, a vivir su realización en tanto seres humanos, sin la incidencia de nadie, bajo el respeto de su alteridad como las convenciones internacionales (...)*²² y el propio sistema constitucional lo predicán.

En la materia, los estereotipos giran en torno al binario sexo-género. Identifican, por una parte, a quienes se ajustan a la realidad binaria dominante (endogrupo); y por otra, a quienes salen de ese estándar y forman el componente extraño dominado (exogrupo), cuyo modelo antitético es el de diversidad sexogenérica²³. Hacen parte de este último las personas transgénero o trans; los transexuales, travestis y *queer* (con identidad de género diversa)²⁴; los intersexuales (con características corporales diversas)²⁵; y las personas con expresiones de género distintas, como los hombres tipificados “*afeminados*” o las mujeres “*masculinizadas*”, o una combinación de ambas (expresiones de género diversas).

²² NACIONES UNIDAS, Derechos Humanos, 2012. Citado por GONZÁLEZ, María. y RAPHAEL DE LA MADRID, Lucía. *Enseñanza Transversal en Bioética y Derecho*. 2019. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. p. 9. ISBN 978-607-30-2479-2.

²³ NACIONES UNIDAS Derechos Humanos, 2012. Citado por GONZÁLEZ M. y RAPHAEL Lucía. 2019. *Enseñanza Transversal en Bioética y Derecho*. Pág 9. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

²⁴ **Trans.** “[E]s un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste”. **Transexual:** “[S]e sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social”. **Travesti** “[S]on aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo”. Corte IDH. “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Párr. 32.

²⁵ Quien “nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer”. Ídem.

El sistema binario separa los grupos a partir de la orientación sexual. La categoría comprende la *“emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además (...), puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona”*²⁶.

La heterosexualidad es el criterio imperante definidor del grupo interno o mayoritario; conjunta a las *“[m]ujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres”*²⁷.

La diferencia la hace el grupo externo o excluido, conformado con orientaciones sexuales diversas²⁸ que, en términos del Ministerio de Justicia de Colombia, pueden caracterizarse así: 1. Homosexualidad. Es la *“atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción”*. 2. Bisexualidad. Alude a la persona que *“se siente emocional, afectiva y sexualmente*

²⁶ Corte IDH. *“Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”*. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Párr. 32.

²⁷ Ídem.

²⁸ COLOMBIA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *Cartilla Género*. P. 20.

atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto. 3. Pansexualidad. Significa la “capacidad que tiene una persona de sentir atracción afectiva, emocional o sexual por personas de su mismo género, de género diferente, o de personas con identidad de género diversa”. 4. Asexualidad. Son las “personas que no sienten atracción sexual por otras personas, aunque pueden tener relaciones afectivas, físicas y emocionales sin incluir el sexo”.

El “*estereotipo sexual*” dota a hombres y mujeres de “*características o cualidades sexuales específicas que juegan un papel en la atracción y el deseo sexuales, la iniciación sexual y las relaciones sexuales*”. Es prescriptivo, en tanto, “*determina las razones para las relaciones sexuales y los comportamientos sexuales que se consideran aceptables*”. Y opera para “*demarcar las formas aceptables de sexualidad masculina y femenina, con frecuencia privilegiando la heterosexualidad sobre la homosexualidad*”. Por ejemplo, estigmatizando “*las relaciones lésbicas y prohibiendo el matrimonio lésbico y la formación de familia entre lesbianas a través de la inseminación artificial o la adopción*”²⁹.

La colectividad hegemónica mantiene la creencia generalizada, exagerada y errónea de que todos los hombres y mujeres son o deben ser heterosexuales; es el parámetro de aceptación y única orientación sexual viable; es lo normal, familiar e ideal. Los demás son extraños, raros, desadaptados, anormales, no idóneos para las relaciones

²⁹ COOK, R. Y CUSACK, S. (2009). Op. Cit. p. 31.

interpersonales; se les atribuyen rasgos despectivos ajenos al grupo de referencia y se invisibiliza su existencia.

En los estereotipos de género se acentúan los procesos de asimilación y contraste, y se robustece la identidad heterosexual en demérito de la identidad minoritaria. Se genera así un *statu quo* en la relación intergrupar. La comprensión fantasiosa del mundo heterosexual es el modelo a seguir y ninguna otra orientación tiene cabida.

Simplificar la complejidad representada para formar en los individuos características y roles dominantes, facilita percibir y calificar las personas observadas. El considerado anormal, por ejemplo, el homosexual, recibirá lo malo de la categoría formada: *“El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se cree que una persona, por el solo hecho de pertenecer a él, actuará de conformidad con la visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo”*³⁰.

El estereotipador al estar afectado por erróneas categorías cognitivas, no se desgasta mentalmente. En ocasiones está tan arraigado el estereotipo que dirige inconscientemente su pensamiento. El entendimiento y la predictibilidad del comportamiento de la persona que cruza su realidad lo garantiza la categoría predispuesta, por cuanto da por sentado *“que todos los miembros del grupo están*

³⁰ Íbid. p. 11.

dotados de las mismas características evita el trabajo de entender[los] (...) como individuos”.

La creencia del estereotipador sobre el grupo minoritario por ser falaz entraña sesgos epistémicos o mentales, le causa *“una alteración en el procesamiento de la información captada por [los] sentidos”*³¹ que distorsiona absolutamente la realidad.

Con fundamento en distinciones imaginarias a partir de categorías erradas percibe falsamente a su congénere. Lo clasifica, le asigna un rol sexual y una personalidad sin indagar sobre su singularidad y variabilidad, *“lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales del miembro del grupo”*³².

Los trastornos del estereotipador no terminan ahí, se agravan. Las secuelas perceptivas en los imaginarios se afianzan cuando se confronta la evidencia. Si bien errar es humano y puede ser corregido, en la mayoría de los casos las categorías son resistentes al cambio. En el punto no se equivocan Cook R. y Cusack, cuando señalan: *“Una característica particular de los estereotipos de género es que son resilientes; son dominantes y persistentes. Son dominantes socialmente cuando se articulan a través de los*

³¹ CONTRERAS, Melisa. *Análisis de los sesgos cognitivos en comunidades estudiantiles*. Revista Electrónica sobre Tecnología, Educación y Sociedad. Vol. 4 No 7. 2017. p. 6. ISSN 2448 - 6493.

³² COOK R. Y CUSACK S. Op. Cit. p. 25.

*sectores sociales y las culturas y son socialmente persistentes en cuanto se articulan a lo largo del tiempo*³³.

Si la generalización funciona bien y eso lo acoge la sociedad ¿por qué cambiar la cotidianidad y la tranquilidad de un mundo ya conocido? De presentarse otra perspectiva nada cambiaría. La lealtad frente al endogrupo o comunidad dominante, por el contrario, se radicaliza. Esto clasifica los estereotipos de género en “categorías monopolizadoras”, de modo que para las personas en general y, para los jueces y abogados en particular, para efectos de la instrucción probatoria no asumen una postura crítica y sin pensarlo, las pruebas que se recaudan en el marco de ese imaginario son bienvenidas y valoradas como las ideales; las contrarias, o las que allega el juicio la persona, el grupo o la pareja discriminada son desechadas acriticamente. Son “*tan poderosas y tan rígidas, y los atributos que incluyen tan invariables, que toda la evidencia contradictoria es rechazada. La mente, respecto de esta categoría particular está cerrada. Además, la categoría se “confirma” con datos de poca monta o imaginarios. El individuo selecciona e interpreta todo lo que ve u oye de manera que pueda acomodarse a la categoría monopolizadora y la refuerce*”³⁴.

Explicada la heterosexualidad en los imaginarios colectivos, resulta el modelo hegemónico a seguir, el ideal. Las otras opciones son inválidas, no importan, para nada cuentan, y si lo hacen, es para racionalizar el prejuicio y la

³³ Íbid.

³⁴ ALLPORT. Op. Cit., p. 194 y 195. (1954).

discriminación. La hostilidad y el trato desigual encuentran razón en la comprensión equívoca de considerar a los heterosexuales buenos y malos a los demás. En esta coyuntura el juez del Estado Constitucional debe estar alerta y ejercer la “sospecha” y debe cumplir su función fiscalizadora con rigor como se lo impone la Constitución en concordancia con los Tratados internacionales sobre derechos humanos.

4.4.3.1. *El **prejuicio*** se refiere al conjunto de actitudes inmotivadas negativas, como animadversión y antipatía a una persona o a una relación jurídico familiar por el hecho de tener una preferencia sexual diversa. Es un juicio de desprecio derivado de la percepción despectiva y equívoca de la generalización y se presenta en la homofobia, bifobia y lesbofobia³⁵, entre otras modalidades.

Los estereotipos y los prejuicios por orientación sexual diversa difícilmente se guardan; son exteriorizados, aunque se han tornado más sutiles. Las conductas rechazantes a través de las cuales se manifiestan pueden variar de intensidad, a saber: Hablar mal, despreciar al otro, evitar el contacto con la persona o grupo, la discriminación o trato desigual; inclusive, llegan al ataque físico y en casos extremos al genocidio³⁶. La Sala analizará la discriminación, que, como categoría central, interesa para esta causa.

³⁵ Son temores, odios o aversiones irracionales hacia esos grupos.

³⁶ ALLPORT G. (1954), p. 67.

4.4.3.2. **La discriminación** es la creencia compartida de ser el modelo heterosexual el único y superior aceptado por la sociedad. Estima inferiores, inviables y anormales otras orientaciones sexuales. La diferencia no se tolera; y las hostilidades fluyen: excluir, rechazar, censurar, odiar, opacar, negar e instrumentalizar. Esto menoscaba y limita a la persona el “*reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales*”³⁷. En palabras de la Corte Constitucional:

“constituye un acto arbitrario o conducta dirigida a perjudicar o a anular, a dominar o a ignorar a una persona o colectivo, con fundamento en estereotipos o prejuicios sociales o individuales, ajenos a la voluntad del afectado, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes, que lo hacen acreedor de un perjuicio o beneficio como la serían, la opinión política o filosófica.

De igual manera, la discriminación implica un trato desigual e injustificado, que generalmente se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales y sociales, que afecta los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, y genera además, una carga que no es exigible jurídica ni moralmente a la persona”³⁸.

La discriminación instigada por el estereotipo y el prejuicio, que se refleja materialmente en la segregación “del otro” trasciende al ser humano y se convierte en grave riesgo para la humanidad y para cualquier sujeto de derecho en ese contexto.

³⁷ CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81.

³⁸ COLOMBIA, CCONST. T-335 de 2019.

La persona, ente biopsicosocial, dotada de razón, conciencia y capacidad reflexiva autónoma, moldea su identidad de manera única y diferenciable. Crea y construye su proyecto de vida en desarrollo de su propósito evolutivo. Interactúa con otros y en su entorno para realizar los planes diseñados, los suyos, los de sus semejantes y los sociales. En su visión colectiva, universal e intergeneracional contribuye con conocimiento y experiencia al progreso y continuidad de la humanidad. En fin, el reconocimiento y respeto de su existencia y diversidad, en todos sus ámbitos, supedita la vigencia y permanencia del género humano.

Los actos discriminatorios violentan esa especificidad y variabilidad individual y social, instrumentalizan la persona para justificar el trato inhumano de una superioridad y para doblegar al otro y engendrar la diferencia. La destierra a lugares de donde no pueden salir, presa de temor y miedo. Banaliza su existencia y niegan sus expresiones: relaciones, roles, en general, todo cuanto hace un ser humano. Hace a un lado sus rasgos únicos e intrínsecos, opiniones, pensamientos e identidad, producto de estereotipos de percepción de un grupo que ha perdido la noción de la realidad.

Las creencias erróneas materializadas en la discriminación *“generan un impacto significativo en la capacidad que tienen las personas para crear o formar sus propias identidades de acuerdo con sus valores y deseos. De la misma manera, limitan el rango y diversidad de las expresiones del carácter humano. En otras palabras, los*

*estereotipos cercenan excesivamente la capacidad de las personas para construir y tomar decisiones sobre sus propios proyectos de vida*³⁹.

Ello se traduce en el plano de los derechos, en el no reconocimiento, la restricción o anulación total de la dignidad humana y de las prerrogativas fundamentales que desarrollan la individualidad del ser humano. En la vida privada, afecta la “*identidad física y social*”, el “*desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior*”. En la autonomía de la voluntad, coarta “*seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses*”. Y en la identidad, desconoce el “*conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad*”, incluyendo las respectivas restricciones en el ámbito del género y del sexo⁴⁰.

En este último ámbito, la vida familiar, fundada en relaciones afectivas y sexuales, se vulnera. El amor, la solidaridad y el proyecto de vida común de las parejas ajenas al estándar mayoritario, es rechazado. La sociedad heterosexual es negacionista frente a su ocurrencia y el único sendero posible que les queda a las parejas diversas es el ocultamiento y el silencio en espacios cerrados donde la mayoría no los vea.

³⁹ COOK R. Y CUSACK S. Op. Cit. 2009, p. 13 y 14.

⁴⁰ Corte IDH. “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Párr. 87 a 89.

La vida privada, la autonomía de la voluntad y la identidad, por tanto, resultan cardinales para esculpir la integridad de la persona. Conforme a sus deseos y convicciones, se autogobierna y escoge libremente cómo vivirá, con quien se relacionará y afrontará al mundo. Conlleva determinar libremente emociones y atracciones sexuales y el derecho a conformar una familia con su pareja. Despojar de tales prerrogativas al ser humano que se aparta del sistema binario o dominante, es negar no solo su humanidad y sus derechos, sino también el respeto por la diferencia.

4.4.3.3. **El contexto.** Las personas con orientación sexual diversa y los excluidos o en desventaja, comparten rasgos comunes que la mayoría reprocha, de modo que *“existe una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos, susceptibles de ser reforzados por la normativa, lo cual “disminuye la posibilidad de defensa de [sus] intereses”⁴¹.*

Los estereotipos, prejuicios y discriminación sexual ante la resistencia al cambio, en el devenir se han regularizado, naturalizado y tornado en patrón sistemático en forma manifiesta, pero las más de las veces, en forma latente o escondida, al punto que dificulta al sentenciador descubrirlo para impartir una solución justa. Las prácticas sociales, culturales, familiares y normativas los han institucionalizado, aceptado y legitimado como parte de un

⁴¹ QUIÑONES, Paola. *La Discriminación Estructural en la Evolución Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2014, p. 207.

estilo de vida comunitario perenne. Por lo mismo, los imaginarios de superioridad heterosexual se han consolidado como realidad heteronormativa hegemónica en la que no participa la identidad minoritaria diversa, aquí justamente, es donde debe estar prevenido el juez del Estado de Derecho.

Esa realidad consiste en un *“sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes”*⁴².

La discriminación también se ha tornado estructural, está arraigada en los estamentos de la sociedad. Hasta el orden jurídico ha servido a su materialización en forma activa para unos escenarios o desapercibida en otros. Las personas ajenas al esquema binario son señaladas, humilladas, menospreciadas y obligadas a llevar vidas distintas a las suyas o a las anheladas. Para huir del miedo, el temor y la zozobra, se repite, generan espacios cerrados donde desarrollan libremente su personalidad, comparten con amigos cercanos y miembros de su grupo identitario. Por momentos son felices, amadas, respetadas, libres, iguales; no pueden salir porque la sociedad los niega, no los ve; y si no cuentan, carecen de derechos.

⁴² CORTE IDH. *“Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”*. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Párr. 32.

La vida de dichos grupos, por tanto, es incompleta y compelida a un proceso de asimilación cisnormativa⁴³ o de adaptación casi obligatoria al sistema mayoritario imperante en la sociedad heterosexual.

Ello repercute en un proceso creciente de deshumanización en la vida real, de tal gravedad que la persona con diversidad sexual o de género, para proteger su vida afectiva; acceder a ciertos roles, por ejemplo, los laborales, necesarios para sustentar su vida privada; compartir fechas especiales con sus parejas en ámbitos sociales y familiares (fiestas, reuniones); o sencillamente para poder sentirse hijos, hermanos o padres, deben pagar un altísimo precio a costa de su dignidad. Debe metamorfosearse así sea temporalmente, pasar por alguien más o encubrir su preferencia sexual.

Se asimilan a la mayoría a través de tres formas: “(...) convirtiéndose en algo más, pasando por algo más o encubriendo algo en particular. La conversión ocurre cuando la esencia de la identidad es alterada. Por ejemplo, cuando una lesbiana, a pesar de sus deseos, decide sostener relaciones exclusivamente con hombres; puede decirse (...) que se convierte en algo que no era originalmente. Por otra parte, puede ocurrir que una mujer lesbiana decida no renunciar a las relaciones con mujeres, pero decide pasar por heterosexual, no comunicándole a nadie el tipo de relaciones

43 Cisnormatividad: idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres

*que sostiene. Por último, una mujer lesbiana puede encubrir sus relaciones; en este caso, la identidad no se altera ni se esconde, sino que se disimula*⁴⁴.

Lo anterior conforma el contexto en que viven las parejas diversas sometidas a discriminación estructural por parte de una sociedad hegemónica heterosexual. Con fundamento en estereotipos y prejuicios de género las han excluido, marginado, negado e invisibilizado de manera sistemática; sus prerrogativas se han restringido, menoscabando el ejercicio efectivo de sus derechos humanos y el desarrollo de proyectos de vida individuales y familiares, en un panorama que permanece indemne en la actualidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en reciente *Informe sobre Reconocimiento de Derechos de Personas LGBTI*⁴⁵ en las Américas, incluida la situación de Colombia, lo indicó:

“La discriminación contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, está estrechamente vinculada con la existencia de prejuicios sociales y culturales arraigados en las sociedades del continente americanas.

“En efecto, a juicio de la CIDH: Las sociedades en América están dominadas por principios arraigados de heteronormatividad, cisonormatividad, jerarquía sexual, los binarios de sexo y género y la misoginia. Estos principios, combinados con la intolerancia generalizada hacia las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas y cuerpos

⁴⁴ Yoshino, K. citado en “Protocolo para juzgar con perspectiva de género”. (p. 57). ISBN: 978-607-96207-0-7 SCJN. 2013.

⁴⁵ Puede denominarse igualmente: LGTBIQ, designando: lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, intersexual y queer

diversos; legitiman la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales.

“Al respecto, la CIDH observa que las niñas, niños y adolescentes LGBTI suelen enfrentar el rechazo de sus familias y su comunidad, quienes desaprueban su orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal, lo que “tiende a conducir a situaciones generalizadas de discriminación, estigmatización, intimidación, acoso, abuso, maltrato y violencia física, psicológica, sexual, y en casos extremos incluso la muerte”. Dicha situación “los relega a círculos de exclusión y pobreza que los hace aún más vulnerables a la violencia y la explotación”. Lo mismo ocurre con las personas LGBT en la etapa adulta de sus vidas, e incluso con las personas adultas mayores, con ciertas especificidades referentes al aislamiento social cada vez más prolongado que experimentan, en la medida en que postergan o evitan el acto de asumir públicamente su orientación sexual o identidad de género”⁴⁶.

La incidencia de los factores generales en la perpetuación del estereotipo y en la consecuente discriminación, no se remite a duda. El derecho, en particular, los robustece, legitima y permite mantenerlos y darles eficacia en el tiempo. Es el que regula las relaciones sociales y en esa medida determina lo aceptable y su continuidad o permanencia. Esas situaciones de estratificación o subordinación social suben de punto:

“cuando los estereotipos se reflejan o se encuentran inmersos en el derecho, como en las premisas implícitas de la legislación y las implicaciones del razonamiento y lenguaje usados por jueces y juezas”.

“Cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas públicas o prácticas, lo institucionaliza, dándole la fuerza y autoridad del derecho y la costumbre. El ordenamiento jurídico, como una institución estatal, condona su aplicación, ejecución y perpetuación y por lo tanto genera una atmósfera de legitimidad y normalidad. (...). Cuando un Estado legitima así un estereotipo de género, provee un marco legal para facilitar la perpetuación de la discriminación en el tiempo y a través de diferentes sectores de la vida y la experiencia sociales”⁴⁷.

⁴⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2018). P. 49.

⁴⁷ Ibid. p. 49.

Son varios los mecanismos en que el orden jurídico contribuye a ese estado de cosas. Directamente, si una ley, política o práctica tiene el propósito de anular o menoscabar los derechos de las parejas diversas debido a estereotipos de género. Indirectamente, en los casos en que los hechos de exclusión, rechazo y censura, aparentemente son neutros, *“pero los efectos diferenciales generan una situación desventajosa para el grupo afectado”*⁴⁸. En la *“discriminación indirecta se puede producir cuando una ley, política o práctica no contiene estereotipos de género de forma explícita, pero tiene el efecto de perpetuarlos al momento de ser aplicada en la práctica”*⁴⁹.

La discriminación indirecta demuestra cómo los estereotipos de género se han transformado y adaptado, así el ordenamiento jurídico no los reconozca en forma expresa. Se tornan sutiles y difíciles de detectar, al punto que, en la práctica, no sufren mengua e inclusive chocan con las propias reglas prodiversidad, conservando el *status quo*.

El imaginario colectivo se perpetúa ya no por estar amparado palmariamente en un acto jurídico, sino mediante prácticas subrepticias, eufemísticas, indirectas o en formas culturales más elaboradas. La discriminación de derecho (*de iure*) se deja de lado, pero se preserva la discriminación de hecho (*de facto*). Por esa senda, las reglas jurídicas, inclusive las diseñadas para superarlo, no tienen la eficacia de

⁴⁸ COLOMBIA, CCONST. T-335 de 2019.

⁴⁹ COOK R. Y CUSACK S. (2009), p. 153.

cambiar la visión heteronormativa arraigada en la sociedad. En gran parte, claro está, porque la justicia como instrumento de interpretación y aplicación del derecho no hace lo propio para impugnar esa aparente realidad.

Los jueces, consciente o inconscientemente, pueden estar guiados por creencias generalizadas y erróneas sobre los sucesos que juzgan. También, sin ser sujetos activos de estereotipación, sobre la base de una aparente neutralidad, conservan la artificiosa realidad al no reconocer la oculta. Esos *“factores (...) legales ayudan a reforzar los estereotipos de género, en parte debido a la forma en que reflejan los valores patriarcales. Cuando los estereotipos predominantes son cuestionados, pueden reaparecer en la aplicación sesgada de una nueva ley puesto que los jueces están a menudo influenciados por el mismo pensamiento estereotípico como miembros del sector dominante de la sociedad en la que gozan de estatus y autoridad”*⁵⁰.

En la práctica, si los jueces no retiran el velo de sus mentes, nada cambiará. El endogrupo heterosexual seguirá campante y la impunidad de los actos discriminatorios estará al orden del día. La justicia sentencia el destino de las parejas diversas a aceptar el imaginario dominante y a ser tratadas de manera desigual. En definitiva, no pueden gozar y ejercer libre y plenamente sus derechos, entre otros, desarrollar sus proyectos de vida y conformar una familia.

⁵⁰ Ibíd. p. 231.

4.4.4. La perspectiva de género - Principio de igualdad y no discriminación

Desmantelar el contexto de discriminación estructural implica *prima facie* reconocer su existencia; comprender sus causas, los factores preservadores y la forma perjudicial en que se manifiesta; también significa identificar la verdadera y difícil realidad del grupo excluido por la sociedad hegemónica heterosexual. Visibilizar esa realidad y su dinámica comporta aceptar categorías equívocas del grupo mayoritario para anular, negar e invisibilizar a una minoría con una opción sexual diferente.

El trabajo exige desarticular el factor que más fortalece la discriminación: el derecho. Paradójicamente, el insumo es el mismo ordenamiento jurídico. Si descubre y reconoce esa realidad social, ambas cuestiones estarían a la deriva y desguarnecidas en el futuro. La nueva mirada debe estar fijada en el profundo respeto a la diferencia y en la importancia de la diversidad del ser humano.

La perspectiva de género, así denominada, es llamada a cumplir ese cometido. Es el arma más importante de lucha contra contextos de desigualdad estructural. Busca transversalmente en forma correcta la realidad y adoptar medidas afirmativas o con enfoque diferencial para evitar y contrarrestar la discriminación. La *“perspectiva de género no es una “teoría”, mucho menos una “ideología”, sino (...) nada más (...) “una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las*

*personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural*⁵¹.

La función de la perspectiva de género consiste en optimizar el sistema jurídico que permita evidenciar y abordar dimensiones de protección de derechos y libertades de los seres humanos. Su *ratio* debe atender el principio universal de igualdad y no discriminación, veneno y médula indiscutible del Estado de Derecho, del sistema constitucional y del *ius cogens*⁵², el cual es, piedra angular sobre la que “*descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico*”. Este y los otros derechos fundamentales son “*pilares de cualquier sistema democrático y una de las bases fundamentales del sistema de protección de derechos humanos instituido por la Organización de los Estados Americanos*”⁵³.

En dicho principio, la “*noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate*”

⁵¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. p. 43.

⁵² Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados son normas imperativas de derecho internacional general “*aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*”.

⁵³ CORTE IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 91 y 92.

con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación”⁵⁴.

La Convención Americana de Derechos Humanos incorpora el anotado principio e impone los mandatos para asegurar su realización. El artículo 1.1., establece la obligación general de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas *“sin discriminación alguna”*. Implica *“a) abstenerse de realizar acciones que se dirijan, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto; b) adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias, en perjuicio de determinado grupo de personas, y; c) establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana”⁵⁵.*

En concordancia, el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, prevé el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales. Comprende *“i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la*

⁵⁴ CORTE IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 91 y 92.

⁵⁵ CORTE IDH. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Párr. 100 y 101; Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 152.

República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales”⁵⁶.

La orientación sexual diversa y otras identidades y expresiones de género se encuentran consagradas como categorías sospechosas de discriminación. “Por ello está proscrita (...) cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género”⁵⁷.

El principio de igualdad implica que los “Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. Y el de no

⁵⁶ COLOMBIA CCONST. C-178 de 2014.

⁵⁷ CORTE IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 104.

discriminación, “*obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias*”⁵⁸.

Las normas del *ius cogens*, entonces, optimizan el derecho de los Estados a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de sus nacionales. La protección integral de las personas con orientación sexual diversa, por tanto, conlleva para el mismo ordenamiento jurídico servir de puente en aras de superar las situaciones de discriminación *de iure* o *de facto* asentadas directa o indirectamente. Se trata de asegurar la “*interrupción de los ciclos de violencia, exclusión y estigma*”⁵⁹ sufridos por sus protagonistas.

En la actualidad son pacíficos los esfuerzos del ordenamiento jurídico para combatir la discriminación *de iure* y lograr una igualdad formal de las personas con orientación sexual diversa. Por ejemplo, relativo al derecho de conformar una familia, se ha ampliado la base normativa mediante leyes o decisiones judiciales⁶⁰.

⁵⁸ CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

⁵⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2018). *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. (p. 33). Washington. Organización de Estados Americanos.

⁶⁰ Sistemas nacionales. Europa: Dinamarca, ley danesa para el registro de sociedad, Danish Registered Partnership Act; Noruega, Partnerskap lo- ven L. 40/1993; Suecia, Swedish Registered Partnership Act, Act No. 1994:1117; Islandia, Icelandic Confirmed Partnership Act, No. 87 (1996) y ley de Matrimonio neutral, que deroga la Unión de Hecho; Países Bajos, Aanpassingswet geregistreerd partnerschap, Modificó el Código Civil Holandés y la Ley de Matrimonio Abierto del año 2000, «Wet

En Colombia el déficit de protección legislativo lo ha corregido paulatinamente la Corte Constitucional. En la sentencia C-577 de 2011, autorizó a las parejas del mismo sexo constituir familia a través del contrato de unión solemne. En el fallo SU-214 de 2016, abogó por el matrimonio igualitario. En la sentencia C-075 de 2007, declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido de que el régimen de protección de las uniones maritales de hecho y de las sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes, aplica también a las parejas homosexuales.

openstelling huwelijk», que entró en vigencia en 2001; Francia, Ley 99-944 "Pacte Civil de Solidarité"; Finlandia, Laki rekisteröidystä parisuhteesta // Ley de relaciones registradas; Alemania, Eingetragene Lebenspartnerschaft // Sociedad Civil Registrada; Portugal, ley 7 de 2001 «Adopta medidas de protecção das uniões de facto» y Lei 9 de 2010. Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo; Bélgica, Ley de registro de unión de vida, «Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft»; España, Ley 13 de 2005; Italia, Corte Costituzionale: Sentenza 138 Anno 2010, «L'articolo (Codice Civile) non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso». América latina: ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley 1004 de 2002; el entonces Distrito Federal en México, ley de sociedad de convivencia para el Distrito Federal del 16 de noviembre de 2006; Uruguay, Ley 18.246 de 2007, Unión Concubinaria y ley No. 19.075 de 2013, Matrimonio igualitario; Colombia, a través de pronunciamiento judicial, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2007, reconoció derechos patrimoniales a uniones de hecho y en la Sentencia C-577 de 2011, se reconoce la posibilidad de formalizar la unión de facto mediante la celebración de un vínculo contractual; República Argentina, ley 26.618 de 2010, modifica lo relativo al matrimonio civil; Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Resolução No. 175, 14 de mayo de 2013 y Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) No. 4277; Ecuador, Dirección del Registro Civil. Resolución No. 0174 de 2014. Inscripción en el Registro Civil de Unión de Hecho y Ley Reformatoria al Código Civil (2015); República Mexicana, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015; Chile, el legislador adoptó el Acuerdo de Unión Civil. Norteamérica: Canadá, "An Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes"; Estados Unidos, Suprema Corte, decisión caso Obergefell et al. V Hodges. El tribunal dejó en claro que cualquier disposición estatal que prohibiera el matrimonio entre parejas del mismo sexo resultaba contrario a la enmienda 14 de la Constitución Federal. Sistema Internacional de Naciones Unidas: Comité de Derechos Humanos, caso Young Vs. Australia, decisión del 6 de agosto de 2003; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General E/C.12/GC/19, adoptada el 4 de febrero de 2008. Sistema Regional Europeo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mata Stevez Vs España, decisión del 10 de mayo de 2001; caso Karner vs Austria, en decisión del 24 de julio de 2003; caso Schalk y Kopf vs. Austria, en sentencia del 24 de julio de 2010; caso Vallianatos y otros Vs. Grecia, en decisión del 7 de noviembre de 2013; Oliari y otros Vs Italia, en sentencia del 21 de octubre de 2015. Sistema Regional Interamericano: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Duque Vs. Colombia; decisión del 26 de febrero de 2016; Opinión Consultiva OC24/17.

En el mismo sentido, en el ámbito familiar, civil, económico la Sala de Casación Civil ha enrumado la solución de casos, al punto que muchos de sus fallos han servido de fundamento para nuevas visiones jurisprudenciales o reformas judiciales. También la Sala de Casación Penal y la Laboral, han procurado tornar dinámico e incluyente el derecho penal y el laboral. En general, la finalidad nomofiláctica de la Casación históricamente ha procurado abrir sendas inclusivas.

Para alcanzar la igualdad de género, sin embargo, no es suficiente la igualdad *de jure*. El reconocimiento formal de los derechos es vital en otros escenarios, como el de justicia. Los cambios sociales pretendidos por las reglas jurídicas se ven frustrados cuando los jueces, en la interpretación y aplicación del derecho, perpetúan los imaginarios colectivos de superioridad heterosexual y los contextos de discriminación existentes.

El flagelo se combate otorgando tanto igualdad formal como material. En esto ha sido contundente la doctrina de la Comisión y la Corte Interamericana sobre el acceso a la justicia de la comunidad LGBTI:

“La CIDH ha establecido que un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe sólo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que éstos sean idóneos (...). (...) [U]na respuesta judicial efectiva (...) comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad” ⁶¹

⁶¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. p. 43. Párr. 149.

“[L]a Corte ha determinado que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”⁶².

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados a la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencia que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en varias vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁶³.

La perspectiva de género se debe acentuar cuando en la práctica se reclama la materialización de los derechos de las personas con una orientación sexual diferente. Solo cuando los jueces reconozcan la existencia de los contextos de discriminación estructural en los que viven las parejas diversas y adviertan que tienen como causa imaginarios colectivos irreales, es posible frustrar su perpetuación y adoptar medidas necesarias para combatirlo. Esta Corporación lo ha exhortado con vehemencia:

“El funcionario judicial tiene el deber funcional de aplicar el «derecho a la igualdad» dentro de las decisiones judiciales en virtud de los convenios internacionales ratificados por Colombia que así lo imponen y del artículo 13 de la Carta Política que se encarga de establecerlos como norma nacional fundamental e introducir la perspectiva de género en las decisiones judiciales a

⁶² CORTE IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 149.

⁶³ CORTE IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 202.

efecto de disminuir la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles como ocurre con la mujer, implica aplicar el «derecho a la igualdad» y romper los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre-mujer que por sí, en principio, son roles de desigualdad.

“Juzgar con «perspectiva de género» es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa.

“Es necesario aplicar justicia no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano.

“Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar.

“Discriminación de género, entonces, es acceso desigual a la administración de justicia originada por factores económicos, sociales, culturales, geográficos, psicológicos y religiosos, y la Carta Política exige el acceso eficiente e igualitario a la administración de justicia; por tanto, si hay discriminación se crea una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el conocimiento, ejercicio y goce de los derechos del sujeto vulnerable y afectado, lo que origina en muchas ocasiones revictimización por parte del propio funcionario jurisdiccional.

“Es muy común encontrar problemas de asimetría y de desigualdad de género en las sentencias judiciales; empero, no se puede olvidar que una sociedad democrática exige impartidores de justicia comprometidos con el derecho a la igualdad y, por tanto, demanda investigaciones, acusaciones, defensas y sentencias apegadas no solo a la Constitución sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales aceptados por Colombia que los consagran”⁶⁴.

⁶⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. STC. Sentencia 21 de febrero de 2008, rad. 207-00544-01. Reiterada en fallos de 28 de mayo de 2019, radicado 2019-00131-01; de 22 julio de

Juzgar con perspectiva de género, en consecuencia, no tiene por fin alterar, desfigurar, subvalorar la realidad. Tampoco implica favorecer, sin más, las pretensiones del grupo excluido. Su operatividad sirve exclusivamente a los fines propios del proceso judicial y al rigor del acto probatorio. En definitiva, lograr que la decisión judicial corresponda con la mayor probabilidad a la verdad.

4.4.5 Incidencia de la perspectiva de género en el razonamiento probatorio-regla de la experiencia

La búsqueda de la verdad, “*fin último de la prueba en el proceso*”⁶⁵, exige que el rigor y la seriedad gobiernen el razonamiento probatorio de los jueces. Esto es vital para un análisis adecuado de los elementos de juicio debidamente recaudados para establecer si corroboran alguna de las tesis en disputa y de ese modo concluir si lo declarado probado refleja con probabilidad lo ocurrido en el mundo.

Esta labor no está sometida o atada al capricho, laxitud o arbitrariedad del juzgador. Por el contrario, la libre valoración individual y en conjunto de las pruebas, implica evaluar si “*el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una hipótesis*”⁶⁶ se sujeta a criterios de

2020, radicado 2020-00070-01; de 11 de noviembre de 2020, radicado 2020-02944-00 y de 18 de diciembre de 2020, radicado 2020-03320-00.

⁶⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sentencia de 21 de septiembre de 2020, radicado 2013-00505-01.

⁶⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración racional de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2007. p. 45.

racionalidad que a voces del artículo 167 del Código General del Proceso corresponden a las reglas de la sana crítica.

Los dictados de la experiencia, de la ciencia y de la lógica, integran la guía de validación probatoria; además constituyen un mecanismo correctivo basado en un “*stock de conocimientos*”⁶⁷ o “*supuestos adicionales*”⁶⁸ acerca del mundo en un determinado tiempo y espacio; y reflejan una garantía de correspondencia y contrastación de la relación prueba-hipótesis con la realidad. En palabras de la Corte, son “*juicios hipotéticos de carácter general, formulados a partir del acontecer humano, que le permiten al juez determinar los alcances y la eficacia de las pruebas aportadas al proceso. Es decir, en últimas, aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio*”⁶⁹.

Las reglas de la experiencia funcionan como categorías o generalizaciones empíricas de tipo inductivo halladas en las características o propiedades de un determinado grupo (acciones, cosas, personas, lugares, etc.). Representan aconteceres del mundo que por su repetición y práctica se pueden describir y explicar con probabilidad. Afirmar o negar una cuestión similar implica que ocurrió o no se desarrolló en la forma indicada en la generalización. Sirven como

⁶⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Editorial Metropolitana. 2008. p. 156.

⁶⁸ FERRER BELTRÁN. Op. Cit., p. 133.

⁶⁹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sentencia 24 de marzo de 1998. Expediente 4658 reiterada en Sentencia 3 de diciembre de 1998. Expediente 5044.

referente descriptivo y explicativo de cómo ese hecho se materializa en la realidad. La prueba, entonces, debe poner de presente que la respectiva circunstancia acaeció como habitualmente pasa en el mundo real.

El suceso de la experiencia y su demostración actúa como mecanismo correctivo de la inferencia probatoria. Correspondiendo con la generalización empírica significa que aporta un alto grado de confirmación de la hipótesis, pues se supone que los datos suministrados atienden a la vivencia. En caso contrario, estaría invalidando la verdad del enunciado al no reflejar el acontecer humano.

La representación de la realidad en dichas reglas, frente a la complejidad del mundo, no es absoluta. Ni siquiera los dictados de la ciencia lo son. Por ello, el carácter no universal resulta el más acorde ante la posible existencia de excepciones del modelo tipo, sin que, por esa circunstancia, se invalide la regla.

Por su naturaleza descriptiva, a diferencia de la lógica, que es prescriptiva, las reglas de la experiencia son susceptibles de verdad o falsedad, según correspondan con la realidad. La *“generalización misma podrá ser objeto de prueba en el proceso, a los efectos de determinar su grado de corroboración, constituyendo lo que se ha denominado prueba sobre prueba”*⁷⁰. Ello indica que el rigor en la regla de la experiencia debe ser extremo y que cualquier falta en el

⁷⁰ Ferrer, J. (2007). *La Valoración racional de la prueba* (p. 133). (Madrid). Editorial Marcial Pons.

proceso de su formulación y elección se debe evitar. Solo así se puede garantizar la verdad y la justicia del caso.

La formulación de la regla de la experiencia exige un fundamento fáctico y no es otro que su correspondencia material y objetiva con la realidad, de ahí que los errores en que se incurra al respecto son de hecho. La elección del postulado, en cambio, supuesto su apoyo empírico, atañe a problemas de su eficacia jurídica, a la pertinencia e idoneidad para demostrar el hecho investigado, esto es a un error de derecho; todo lo cual significa que la regla de experiencia puede hallarse en la órbita del error de hecho o de derecho para la formulación casacional cuando se denuncian errores probatorios. Esto puede acontecer, del mismo modo, en la regla de experiencia que permite edificar el carácter complejo de la prueba indicial, circunstancial o indirecta.

En asuntos en los que se debaten derechos de las personas con orientación sexual diversa, la gravedad de esos errores resultaría mayúscula. La justicia de facto, en efecto, terminaría perpetuando y legitimando, directa o indirectamente, los contextos de discriminación.

La perspectiva de género posibilita al juez optimizar su razonamiento probatorio cuando visualiza contextos de discriminación de las parejas diversas. Esto incidirá en la regla de experiencia como respaldo empírico de esa realidad y no del acontecer impuesto por el modelo hegemónico vigente. Así, las inferencias probatorias pasarán por el tamiz

correcto y con probabilidad los enunciados declarados probados se aproximarán a la verdad.

La apreciación de las pruebas en forma individual y en conjunto, por lo mismo, deben corresponder a los contextos en que se desarrolla la vida familiar de las parejas diversas. En general, restringida a espacios cerrados edificados para huir del temor, el miedo y la zozobra que la discriminación sexual genera. En lo público, frente a la familia y la comunidad, son obligados a encubrir esa vida, pues para la sociedad hegemónica heterosexual no existe. El modelo dominante la niega e invisibiliza.

4.5. Solución del cargo. Desde la vigencia de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, toda “*comunidad de vida permanente y singular*” de dos personas solteras o con impedimento para conformar sociedad patrimonial⁷¹, origina una unión marital de hecho. Es otra forma de constituir familia natural, al lado de la convivencia atípica o uniones maritales atípicas, conocidas por algunos sistemas como concubinato, constitutivas de un auténtico estado civil, según doctrina probable de la Corte (artículos 4° de la Ley 169 de 1886 y 7° del Código General del Proceso, y sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001)⁷².

⁷¹ Mediante sentencia C-700 de 16 de octubre de 2013, la Corte Constitucional colombiana, prohiendo doctrina sentada por esta Corte en fallo de 10 de septiembre de 2003, expediente 7603, erradicó de la legislación, respecto de las sociedades conyugales anteriores de los compañeros permanentes, la expresión «*liquidadas*» contenida en el literal b) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1° de la Ley 979 de 2005, como requisito para la existencia de la sociedad patrimonial, bastando únicamente para el efecto que hayan sido «*disueltas*».

⁷² COLOMBIA, CSJ. Civil. Cfr. Sentencias de 11 de marzo de 2009, expediente 00197, y de 19 de diciembre de 2012, expediente 00003, entre otras. Autos de 18 de junio de 2008, expediente 00205, y de 19 de diciembre de 2008, expediente 01200.

El ordenamiento, en definitiva, vino a reconocer, satisfechas las respectivas hipótesis normativas, con los alcances fijados por la jurisprudencia constitucional⁷³, una realidad social que era digna de tutelar, resultando después coherente con el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, a cuyo tenor la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos mediante la decisión autónoma de una pareja de unirse en matrimonio o de la «*voluntad responsable de conformarla*».

Lo anterior, incontrastablemente, fiel reflejo del derecho de toda persona al libre desarrollo de la personalidad, sin conocer más limitantes que los impuestos por los derechos de los demás y el mismo ordenamiento jurídico (artículo 16 de la Constitución Política).

4.5.1. La «*voluntad responsable de conformarla*» y la «*comunidad de vida permanente y singular*», entonces, se erigen en los requisitos sustanciales de la unión marital de hecho heterosexual y homosexual o del mismo modo de las parejas que forman una unión marital con integrantes con orientación sexual diversa.

4.5.1.1. La «*voluntad responsable de conformarla*», aparece cuando la pareja, en forma clara y unánime, actúa inequívocamente en dirección de formar una familia, entregando sus vidas, *verbi gratia*, para compartir asuntos

⁷³ La Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007, resolvió “[d]eclarar la EXEQUIBILIDAD de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”.

trascendentes de su ser, coincidir en metas, presentes y futuras, y brindarse respeto, socorro y ayuda mutuas.

Presupone, al decir de esta misma Sala, la «(...) conciencia de que forman un núcleo familiar, exteriorizado en la convivencia y la participación en todos los aspectos esenciales de su existencia, dispensándose afecto y socorro, guardándose mutuo respeto, propendiendo por el crecimiento personal, social y profesional del otro (...)»⁷⁴. Se trata de la exteriorización de la voluntad interna con ánimo serio e inequívoco de formar una pareja en su condición de acto jurídico hacia un proyecto vital.

Si el trato recíproco que se irrogan los integrantes de la relación marital se aleja de esos principios básicos del comportamiento familiar, en cuanto lo contradicen, por ejemplo, una relación de independientes o de simples amantes, esto significa que, en esa dirección, el elemento volitivo no se ha podido formar o estructurar.

4.5.1.2. La «*comunidad de vida*» se refiere a la conducta de quienes la desarrollan, a los hechos en donde subyace y se afirma la intención de constituir una familia. El requisito, desde luego, no alude a la voluntad interna propiamente dicha, sino a las exteriorizaciones vitales y circunstanciales que la evidencian de manera implícita, al margen de cualquier ritualidad o formalismo.

⁷⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sentencia de 5 de agosto de 2013, expediente 00084.

En sentir de la Corte, el requisito contiene elementos «(...) *fácticos objetivos, como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la affectio maritalis (...)*»⁷⁵.

Es la misma relación vivencial, independientemente de las divergencias naturales que suelen presentarse durante su desenvolvimiento, personales, profesionales, laborales, económicas, en fin, y de los mecanismos que los convivientes hayan aplicado para superarlas.

Se trata, respetando la individualidad de cada uno de los interesados, de conformar una auténtica comunión física y mental, con sentimientos de fraternidad, solidaridad y estímulo para afrontar las situaciones del diario existir. Es el mismo proyecto de vida similar al de los casados, con objetivos comunes, dirigido a la realización personal y en conjunto, y a la conformación de un hogar doméstico, abierto, si se quiere, a la fecundidad.

4.5.1.3. La permanencia implica estabilidad, continuidad o perseverancia, al margen de que surjan cuestiones accidentales durante la comunidad de vida, impuestas por la misma relación de pareja o establecidas por los propios compañeros de hecho, como la falta de trato carnal, de cohabitación o de exteriorización.

⁷⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sentencia 239 de 12 de diciembre de 2001. Reiterada en fallos de 27 de julio de 2010, expediente 00558, y de 18 de diciembre de 2012, radicado 00313.

La notoriedad o publicidad, porque ello atañe únicamente a la facilidad o dificultad para demostrar la existencia de la relación. Así sea desconocida del entorno familiar o social de los protagonistas, mientras aparezca probada, ello no obsta su reconocimiento.

4.5.1.4. La singularidad, en una cultura monógama, comporta una exclusiva relación, aplicable a la familia jurídica y a la natural. De ahí, si alguien, simultáneamente, forma más de una comunidad de vida permanente, ciertos efectos, al igual que en la bigamia, son relativos durante el interregno en que se entrecruzan.

4.5.2. Frente a lo discurrido, pasa a examinarse si el Tribunal se equivocó al apreciar las pruebas en conjunto.

4.5.2.1. Sin duda tanto en lo objetivo como en lo subjetivo el *ad-quem* desacertó al negar la existencia de la unión marital de hecho entre Johao Enrique Zúñiga Hernández y Carlos Arturo Abril. Señaló que no se demostraron sus requisitos, porque al encontrar dos grupos de testigos, concluyó que al respecto en el proceso aparecían pruebas contrapuestas. Un grupo de testigos, apoyándola; y otro, negándola, pero finalmente se inclinó por los que apoyaban su inexistencia.

Inclinado el juzgador por los elementos de juicio que desvirtuaban esa relación de familia, todo se reduce a establecer si al encadenar los hechos señalados en las distintas pruebas, la conclusión resultaba razonable.

El yerro del sentenciador es patente. Como se pasa a demostrar salta de bulto, por cuanto, según se razonó *in extenso*, se desentendió del todo del análisis del asunto desde la perspectiva de género y desconoció las reglas de experiencia, tras asentarse en una forma errónea de pensamiento categórico, edificada en los estereotipos, prejuicios y la consecuencial discriminación para las parejas con orientación sexual diversa.

4.5.2.2. Los errores de derecho en la apreciación de las pruebas en conjunto, tienen lugar cuando se contrarían los dictados de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, fundamento de las reglas de la sana crítica (artículos 187 del Código de Procedimiento Civil y 176 del Código General del Proceso).

La valoración probatoria ajustada a esas directrices pretende, al decir de esta Corte, lograr “*plena coherencia (...), de modo que se tengan en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias entre esos diversos componentes; y (...) se tenga 'por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que (...) sean aplicables a un determinado caso'* (G.J. t. CCLXI, pag. 999)”⁷⁶.

Lo anterior, claro está, mediante la conjugación del método analítico, consistente en el estudio de lo fijado de cada medio de convicción, con el sintético, traducido en el

⁷⁶ COLOMBIA, CSJ. Civil. Casación Civil. Sentencia de 25 de mayo de 2004, expediente 7127.

análisis del todo con la parte, para así sacar de ese muestrario probatorio las inferencias respectivas.

4.5.3. En el caso, los relatos que daban cuenta de la comunidad de vida permanente y singular entre los señores Zúñiga Hernández y Abril, indicaban que esa relación se ocultaba a la familia por miedo a ser rechazados, no obstante, era expresada plenamente en los espacios que compartían con la comunidad LGBTI a la que pertenecían.

Esa información, sin embargo, se tuvo por desvirtuada con el dicho de los testigos que nunca se enteraron u observaron la relación de pareja. Para la mayoría, el demandante solo era el arrendatario de una habitación de la casa que el extinto Carlos Arturo Abril, había adquirido en el municipio de Soacha para el 2014.

Según el recurrente, el Tribunal prefirió darle mérito a declaraciones que daban cuenta del rechazo que sufren las personas con una orientación sexual diversa, negacionista de sus proyectos de familia; y las cuales no podían informar nada por estar alejadas de su círculo social más cercano.

4.5.3.1. El contraste de lo anterior deja descubierto los errores de derecho denunciados. El juzgador, sin desconocer la relación diversa, realizó el análisis en un contexto de discriminación. Utilizó una regla de experiencia propia de la realidad heterosexual, campo en el cual, por lo regular, las manifestaciones de convivencia no se ocultan.

Es evidente que el Tribunal en su razonamiento avaló la inexistencia de la unión marital soportado en lo percibido en el ámbito público por la familia y la sociedad. Utilizando, reitérase, una regla de la experiencia propia para juzgar relaciones jurídico - familiares del grupo mayoritario o binario en términos de hombre/mujer con exclusión de las reglas de experiencia de las familias con orientación sexual diversa.

No juzgó con perspectiva de género y en cambio despreció la realidad del mundo. La que le fue advertida por el demandante y que la historia con desgracia ha repetido sistemáticamente. Aquella en donde la comunidad de vida se desarrolla en espacios cerrados que son edificados para huir del temor, el miedo y la zozobra que la discriminación sexual les genera.

A partir de ese protuberante dislate se desencadenaron toda una serie de graves equivocaciones que por supuesto no podían concluir sino en una sentencia por completo alejada de la realidad. Al elegir una generalización empírica que no correspondía al mentado contexto, otorgó valor probatorio a datos que no lo tenían y lo restó a los que si lo merecían. Lo peor, construyó una decisión judicial sobre testimonios claramente estereotipadores legitimando imaginarios colectivos y el patrón sistemático de discriminación que la humanidad le clama combatir.

En efecto, al mantener el *statu quo* en su razonamiento, el velo del modelo hegemónico heteronormativo se mantuvo

intacto y no le permitió ver lo que era latente. Testimonios instruidos por categorías equívocas y permeados por sesgos cognitivos excluyentes y negacionistas de la realidad estudiada. El testimonio del señor Héctor León Arias en su condición de arrendador de la pareja, es fiel reflejo de los estereotipos y prejuicios que dieron lugar para que el tribunal discriminara la relación jurídico-familiar reclamada:

“Juez: *¿Díganos si usted conoce o no a don Johao Enrique Zúñiga Hernández, en caso afirmativo, qué tiempo hace y por qué?*

HLAA: *Al señor Johao lo conocí, vino a mi casa por conceptos de un señor Enrique que no se el apellido, pero lo trajo el Señor Carlos Abril y el señor Johao vivió en una pieza, pagándome arriendo en un segundo piso, en el cual el señor Carlos Abril vivía en un primer piso en compañía de una señora María Palma. Que según el mismo, en versión de él, de Carlos Abril, la había recogido por humanidad porque estaba de casa en casa y la votaban de una parte de un lado para otro y me consta y bajo la gravedad de juramento que ya lo hice y si es el caso vuelvo a jurar que no le conocí ninguna amistad permanente con el señor Johao, puesto que vivían, Johao pagaba arriendo, que no me acuerdo cuanto en el segundo piso separado de una escalera y cuatro paredes, nunca vivió en compañía del Carlos Abril, el señor Johao duró un promedio de tres a cuatro meses, Johao en el segundo piso después se perdió que nunca más volvió. (...) Por lo tanto no puedo ni debo ni me acusa mi conciencia que haya tenido una amistad íntima el señor Carlos Abril, con el señor Johao, primero porque yo soy un hombre de unos rasgos conservadores y de acuerdo con la versión que ha suscitado en este caso lo habría yo sabido de la posición de Carlos Abril en cuanto me refiero al caso de gay o llámese como se llame no le habría arrendado, pero en ningún momento yo vi ninguna anomalía o de una amistad frecuente de Carlos Abril con Johao, (...) hasta ahí no le sabré decir Doctor con la conciencia absoluta y la esperanza doctor de que la justicia obre en conciencia porque en ningún caso sospeché y hasta ahora que suscita esta demanda o este tema pensé o no me dio a creer que Carlos Abril era Gay o era del otro equipo como se dice muy vulgarmente, yo no le hubiera arrendado, yo no le hubiera arrendado, porque yo soy de una familia muy conservadora y respetuosa de mis deberes.*

Juez: *Se dice aquí en esta demanda que don Johao Enrique y don Carlos Abril empezaron a vivir como marido y mujer, como compañeros permanentes a partir del año 2008, más o menos hacia diciembre, ¿qué le consta usted al respecto?*

HLAA: *Me consta, que es bajo gravedad de juramento, perdón la reiteración, pero falso de toda falsedad porque nunca los vi ni siquiera sentados en un comedor conviviendo, Johao cerca de los tres meses vivió en un segundo piso, dormía, porque no vivía venía de pasada y salía y bajaba por unas escaleras salía por un portón, por lo tanto nunca entraba nunca lo vi entrar a la habitación de Carlos Abril.*

Juez: *Ya, ¿usted conocía la orientación sexual de don Carlos Arturo Abril?*

HLAA: *Lo ignoré toda la vida, le reitero doctor que si yo hubiese sabido, yo vengo de una familia muy conservadora, si yo hubiera sabido esa actitud o procedimiento de Carlos Abril no le hubiera arrendado, (...) por lo tanto doctor, vuelvo y le rectifico, en ningún caso sospeché, porque si yo hubiera sospechado, alguna intimididad frecuente o íntima con este señor, juro y puedo decirlo que inmediatamente lo habría podido yo sacar a la calle.*

Juez: *La última pregunta es si tiene algo más que decir a la presente diligencia.*

HLAA: *lo único que yo tengo que agregar es que falso de toda falsedad cualquier testimonio contraparte que diga que duró conviviendo con otra persona de géneros distintos, entonces eso es lo que tengo que agregar, puedo rectificar mi juramento que nunca lo observé, donde lo hubiera observado inmediatamente le hubiera pedido el inmueble porque yo soy de una familia muy conservadora que conservo mis ancestros antiguos.*

Para los análisis del caso y de cuanto se viene planteando, hallamos en el mismo interrogatorio del sentenciador, la utilización desafortunada de **categorías erróneas o estereotipadoras** que permiten inferir que el juez entiende esa relación desde el **pensamiento hegemónico** al creer que las parejas diversas deben ser juzgadas o, la prueba recaudada desde el marco de la **relación binaria: hombre - mujer**, ignorando la singularidad de las parejas diversas. En efecto, transcribe la Corte, nuevamente una de las preguntas del juzgador, para dar por demostrado el yerro en la aplicación de esas categorías: “Se dice aquí en esta demanda que don Johao Enrique y don Carlos Abril empezaron a vivir como **marido y mujer**, como compañeros permanentes a

partir del año 2008, más o menos hacia diciembre, ¿qué le consta usted al respecto?”.

En la declaración de Luis Eduardo Abril primo de la demandada, en el mismo sentido, se esconde una visión estereotipada, prejuiciosa y discriminadora, frente a las personas con orientación sexual diversa:

“Abog2: *don Luis Eduardo infórmele al despacho qué tan cercano era su relación Familiar con Carlos Arturo Abril.*

LEAR: *Como dije anteriormente éramos entre 8 hermanos que nos llamábamos nos llamaba y si no lo hacía yo mi señora lo llamaba él llegaba de trabajar y nosotros estábamos ahí y le decíamos pase y le tengo tinto, y así nosotros para allá y para acá.*

Abog2: *infórmele al despacho si usted pudo conocer aspectos íntimos de la vida personal de Carlos Arturo Abril.*

LEAR: *No, en ese sentido no*

Abog2: *¿Supo usted si él tenía algún tipo de relación sentimental con alguien?*

LEAR: *Yo una vez supe que tenía un muchacho estuvo con el anduvo con el pero no se quien fue, me parece que se llamaba Toño creo que Toño.*

Abog2: *¿conoció usted cual fue la orientación sexual de Carlos Arturo Abril?*

LEAR: *No, me decían pero yo no.*

Abog2: *¿a que se refiere cuando alguien le decía, en qué sentido?*

LEAR: *Que él era voltiao como dicen, pero yo dije no creo, y ahí un vecino que me hizo ese comentario y me dijo oiga y su primo es como volteado, yo le dije yo no sé, en realidad no sé, es que yo lo he visto que no sé que, que porque lo había visto como dos veces con el muchacho que le digo yo.*

Juez *Usted en una respuesta anterior mencionó que don Carlos Arturo Abril tuvo una relación afectiva con un muchacho, ¿usted recuerda o no por cuánto tiempo fue esa relación afectiva?*

LEAR: *No esas cosas uno las trata, como dicen a metros.*

Juez: *¿pero sabe o no usted cómo fue esa relación, si convivieron o como novios cómo fue el asunto?*

LEAR: *No, de pronto novios, pero que yo no sabía al menos en la casa de nosotros no y creo que donde esta señora Gilma tampoco porque yo iba mucho allá a recochar con ese verraco y donde esa señor también vivió un poco de años, eso sí lo puede decir él, porque yo no que me conste a mí no”.*

Estimar que la inexistencia de la unión marital de hecho se apoyaba empíricamente en esos relatos es inaceptable. Son los estereotipos y prejuicios sexuales que perturban la percepción de la realidad. La negación de la opción sexual y la vida familiar de las parejas diversas es una imaginación que se construye en la mente del estereotipador por esas categorías monopolizadoras. Era imposible que observaran muestras de amor, solidaridad y cariño, pues ninguna evidencia podía desconfirmar las preconcepciones que solo aceptan el modelo hegemónico e invisibilizan la identidad minoritaria.

En efecto, la apreciación de las pruebas que, en sentir del sentenciador, desvirtuaban la unión marital de hecho indicada por otros elementos de juicio, la realizó al margen de la “*perspectiva de género*” y de la realidad acreditada. Aquella en donde la comunidad de vida se desarrolla en espacios cerrados edificadas para huir del temor, el miedo y la zozobra que la discriminación sexual genera.

4.5.3.2. Los testimonios de descargo, en adición, carecían de la eficacia probatoria que les fue otorgada tanto por su decidida parcialidad, como por sus evidentes sesgos cognitivos, al identificar y representar el pensamiento

hegemónico y ver la realidad exclusivamente desde la perspectiva binaria, reflejándose en la forma como excluyen y reprochan peyorativamente el comportamiento y la opción sexual diversa.

(i) Héctor León Arias Alfonso, el arrendador de la habitación y el apartamento de la casa del barrio Bonanza, declaró la inexistencia de la relación de que se trata, simplemente, porque *“no conoció ninguna amistad permanente”* o *“íntima”* entre Johao Enrique y Carlos Arturo, *“nunca los vi ni siquiera sentados en un comedor conviviendo”*. Y Luis Eduardo Abril Rodríguez, primo del fallecido, por cuanto *“no pudo conocer aspectos íntimos de la vida personal de Carlos Arturo”*, ni del *“tipo de relación sentimental”* de su pariente con el demandante, se enteró que tuvo un muchacho, *“de pronto novios”*, *“pero no se quien fue, me parece que se llamaba Toño”*.

La conclusión, como se observa, no podía apoyarse en dichos relatos. Si el primer declarante manifestó ser un *“hombre de unos rasgos muy conservadores”* y no tolera a las personas con orientación sexual diversa, pues de haberlo sabido, *“no le habría arrendado”*; y el segundo indicó que ese tipo de relaciones *“uno las trata, como dicen, a metros”*; era imposible que hayan podido observar en los testigos las muestras de amor, solidaridad y cariño que, en línea de principio, frente a los estereotipos y prejuicios sexuales formados en generalizaciones heterosexuales, solo se exteriorizan en los círculos sociales a los cuales pertenecen las personas, para el caso, homosexuales.

(ii) Nancy Rubiela Pacheco Univío, vecina del apartamento de Soacha, manifestó una relación cercana con el causante, al punto que le entregó llaves, y sabía del trato con su figura materna, María Cenovia Palma. No obstante, de su dicho tampoco podía desvirtuarse la unión marital que se dejó sentada en otro muestrario probatorio, ciertamente, ante las contradicciones en que incurrió.

Inquirida sobre los aspectos personales de Carlos Arturo, manifestó no saber nada; y acerca de si tenía alguna relación amorosa, contestó *“no señor, hasta allá no”*; y del trato del demandante con el causante al interior de la vivienda, afirmó *“No, ahí si no, dentro del apartamento no me consta nada”*. Si acepta su relación cercana con su vecino y el ingreso al inmueble, su dicho pierde eficacia persuasiva. Con mayor razón, cuando luego refirió temas privados, como el anterior lugar de residencia, con quien vivía, cuándo le pagaban el salario, cuánto ganaba y el valor de la cuota del apartamento que dijo ascendía a \$472.000.

El grado de cercanía afirmado y, en general, lo declarado, se halla en entredicho. La testigo tenía llaves del apartamento y entraba al mismo, tenía una buena amistad con el causante y conocía su vida. Empero, al tiempo no sabía que pasaba al interior del inmueble y menos si su gran amigo tenía alguna relación sentimental.

(iii) María del Carmen González, compañera del testigo Luis Eduardo Abril Rodríguez, manifestó su relación cercana con el causante, tenía llaves del apartamento, al cual iba de

vez en cuando, y sabía de la relación con la figura materna. Dijo que Carlos Arturo no le contó el deseo de tener una pareja y desconocía su orientación sexual. Ante la pregunta del comportamiento del demandante al interior del inmueble señaló enfáticamente, *“Yo a él nunca lo llegue a ver en el apartamento”*.

La declaración, por inconsistente, pierde toda eficacia jurídica para desvirtuar la unión marital asentada en otro grupo probatorio. Niega la presencia de Johao Enrique y frustra conocer la forma como se relacionaba con Carlos Arturo al interior del bien. Sin embargo, su compañero, Luis Eduardo Abril la desmiente. Este detalló que el ahora causante los invitó a almorzar al apartamento y lo hicieron en compañía María Cenovia Palma y Johao.

(iv) Si el Tribunal otorgó mérito probatorio a todas esas atestaciones, tuvo que fundarse en lo que públicamente pudieron observar los deponentes en uso de la formulada, amén de probada, regla de experiencia que refleja el modelo heterosexual. La indebida selección de ese dictado de la sana crítica lo condujo a concluir de esa manera. Inclusive, obviando, en cuanto a las testigos, que las mismas indicaron que Carlos Arturo Abril no permitía que se conociera sobre su vida privada y las relaciones afectivas.

La conclusión de no evidenciar la relación investigada en las pruebas de descargo, era elemental. La comunidad de vida se expresaba frente a los pares y cercanos a su identidad sexual, no frente a la familia ni la sociedad. Y aunque Nancy

Rubiela Pacheco y María del Carmen González quisieron pasar por miembros de aquel grupo, quedó desvirtuado que lo fueran.

(v) Félix Antonio Rivera Beltrán se presentó como pareja de Carlos Arturo Abril para el mismo periodo alegado por el demandante. El Tribunal avaló su dicho y sustentó la ausencia del requisito de singularidad exigido para la existencia de las uniones maritales de hecho. No obstante, su relato carece de consistencia interna.

El deponente manifestó conocer a Carlos Arturo Abril en 1994, cuando vivía en Bonanza en la casa de Héctor León Arias. Esto, sin embargo, era imposible, en lugar y tiempo, puesto que aquél solo llegó a vivir allí en el 2000. Además, a diferencia del demandante, no existe ninguna referencia de algún testigo sobre su existencia en alguno de los pasajes de la vida de Carlos Arturo.

4.5.3.3. Los errores de contemplación jurídica descubiertos, sin duda, son trascendentes. Juzgar sin perspectiva de género determinó que el sentenciador pasara por alto el contexto de discriminación que sufren las parejas diversas. Así, apreció equívocamente el mérito demostrativo al utilizar como marco correctivo el modelo hegemónico que no reflejaba el difícil acontecer de ese grupo.

Si el Tribunal hubiere seleccionado la regla pertinente de la experiencia llamada a gobernar el caso, la evaluación

del apoyo empírico sería la acertada y, en consecuencia, la decisión correspondería con probabilidad a la realidad.

Los elementos fácticos de la generalización empírica, en efecto, se reiteran. Nancy Rubiela Pacheco y María del Carmen González, fueron enfáticas en afirmar que Carlos Arturo Abril no les comunicó nada sobre su vida de pareja, su orientación sexual y tampoco lo sabían. Se confirma entonces lo indicado por la regla de la experiencia que la relación marital no se da a conocer a la familia y a la sociedad por el temor que les genera el rechazo.

Las declaraciones de Héctor León Arias Alfonso y Luís Eduardo Abril Rodríguez, demuestran los estereotipos y prejuicios de género que reafirman la realidad heteronormativa que ha introyectado en la conciencia de las personas el contexto de discriminación. En los relatos, como se observa, se invisibiliza, excluye y se niega a las parejas diversas y sus derechos. Constituye la razón por la que deben encubirla.

Por último, conforme a la generalización, la unión marital de hecho se desarrolla en espacios cerrados de la vida de las parejas diversas que es compartido con los amigos cercanos y los miembros del grupo identitario. En el caso, esta vez sí con el Tribunal, Henry Enrique Vega y José Félix Canedo, miembros de la comunidad LGBTI y amigos de la pareja, ofrecieron razones que corroboraban con suficiencia la existencia de la relación de convivencia.

El primero da cuenta de las expresiones de amor y solidaridad que entre la pareja existía. El apoyo mutuo y la cohabitación primero en el barrio Bonanza en Bogotá, específicamente en calidad de inquilinos de Ana Gilma, y luego en el apartamento que adquirió Carlos para beneficio de su relación con Johao. Sobre la manera en que se desarrollaba la relación, adujo que era visible solo entre los miembros de la Comunidad LGBTI y se encubría frente a la sociedad y la familia. Las razones, las sintetizó así:

“Ante la sociedad heterosexual no, ante la sociedad heterosexual no, porque Carlos era una persona muy reservada en sus cosas, él era muy reservado, él no quería que nadie se enterara de su familia ni de la comunidad ni de los compañeros de trabajo ni nada de que el llevaba una relación con Johao él nunca quiso eso porque por temor al rechazo, porque desafortunadamente como lo repetí anteriormente, nosotros los de la comunidad LGTBI tenemos muchos rechazos ante la comunidad heterosexual y el nunca jamás quiso que nadie se enterara, como le digo la relación que ellos llevaban era una relación de la puerta hacia dentro y eso lo podemos decir y constatar nosotros porque me consta que si eran pareja”.

En el mismo sentido José Félix Canedo, inclusive, con datos más precisos, pues fue quien presentó a la pareja. Reiteró el contexto de discriminación y manifestó que la convivencia, basada en el amor y la ayuda recíproca como pareja, la iniciaron en la casa de Héctor León Arias, luego en la vivienda de Ana Gilma Suárez y, finalmente, en el apartamento que adquirieron en Soacha, precisamente, para continuar la relación marital.

En adición, ambos testigos coinciden en el vínculo de solidaridad que tenía la pareja Zúñiga-Abril para con María Cenovia Palma a quien apreciaban como su madre.

Igualmente, con los cuidados y atenciones que el primero le brindaba al segundo por sus problemas de salud.

4.5.4. La apreciación individual y conjunta de las pruebas bajo el tamiz del contexto de discriminación estructural, reclamada en la queja extraordinaria, permite concluir que los elementos de juicio apoyan con suficiencia la tesis de la existencia de la unión marital de hecho demandada. Con todo, al decidirse en forma distinta, todo ello incidió no solo en el ordenamiento constitucional y legal interno, y en los mandatos convencionales, sino en los principios universales de igualdad y no discriminación. La unidad de la humanidad dada por la igualdad y la diversidad, por tanto, se encuentra quebrantada.

4.6. El cargo, en consecuencia, se abre paso, sin lugar a condenar en costas. El recurso de apelación elevado contra el fallo de primer grado se debe resolver.

5. SENTENCIA SUSTITUTIVA

5.1. Lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en el recurso de apelación guarda identidad con los razonamientos expresados al resolverse el único cargo formulado. La Corte, para revocar la sentencia del juzgado y acceder a las pretensiones, los evoca por economía.

Un grupo de pruebas acreditaba la comunidad de vida permanente y singular entre la pareja diversa conformada por Johao Enrique Zúñiga Hernández y Carlos Arturo Abril.

El error estuvo en haber tenido por desvirtuada dicha conclusión con otro conjunto probatorio, todo lo cual, en el recurso extraordinario, quedó infirmado.

Los contornos de la relación se deben fijar desde el 1º de diciembre de 2008 y el 10 de julio de 2016. Esta última data, porque la relación de que se trata perduró hasta la muerte de uno de los compañeros permanentes. La otra, al coincidir con la relatada con los testigos de cargo, en tanto, tuvo su génesis cuando el demandante llegó a vivir en la casa de propiedad de Héctor León Arias, ubicada en el barrio Bonanza de Bogotá. Esta información se refuerza con el testimonio del arrendador, quien advirtió que en el 2008, Johao llegó a su inmueble apoyado por Carlos.

5.2. Concurriendo los requisitos para proceder de conformidad, quedan sin piso alguno, los argumentos de la defensa relacionados con la ausencia de requisitos de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial, la mala fe, la temeridad del demandante y la falta de exteriorización de la relación. Lo mismo, los supuestos tratos homosexuales del extinto con personas diferente al demandante, puesto que en el proceso no existe prueba de una unión marital alterna de la misma naturaleza, en tanto, quien la insinúa como protagonista, Félix Antonio Rivera Beltrán, su dicho también quedó desvirtuado al resolverse el único cargo formulado.

5.3. Frente al contexto analizado, no puede pasarse por alto actos censurables en torno a los principios de igualdad y no discriminación.

5.3.1. Tratándose de derechos de personas con orientación sexual diversa, esto demandaba adoptar medidas alternativas para no incurrir en discriminación directa o indirecta, sea de *iure* o de facto.

(i) No se adoptaron pruebas de oficio para superar la sospecha de discriminación que generaba estar frente a una categoría protegida. Este mandato constituye una medida afirmativa que no vulnera el derecho de defensa, por el contrario, desarrolla los postulados de un proceso justo y ceñido al debido proceso.

(ii) En varias ocasiones, el testigo Henry Enrique Vega y el apoderado del demandante indicaron en su poder la existencia de documentos representativos dando cuenta de la relación marital. En instancia nada hizo para verificar el hecho, en desmedro de la verdad y el deseo de justicia del grupo discriminado. Con ello se transgredió el inciso final del artículo 203 del Código General del Proceso.

(iii) Sin atender a los estándares internacionales, ni los principios, valores y derechos constitucionales, ni el respeto al pluralismo y a las minorías, aparecen transpolaciones culturales mecánicas en el devenir y expresiones discriminadoras a las parejas diversas como “*marido y mujer*”, “*volteados*”, “*(...) esas cosas uno las trata, como dicen a metros*”, “*(...) en cuanto me refiero al caso de gay o llámese como se llame no le habría arrendado*”, “*(...) juro y puedo decirlo que inmediatamente lo habría podido yo sacar a la*

calle". Se impuso, de ese modo, la identidad percibida y heteronormativa por encima de la autoconstruida, la minoritaria o real. La autonomía y la autodeterminación propia de aquellas individualidades debía ponerse a salvo.

5.3.2. Los errores de actividad y de juzgamiento detallados a lo largo de esta providencia demandan una profunda reflexión en torno a la labor activa de la justicia en la protección de los derechos y libertades de las personas cuyas identidades, diversidades corporales, expresiones y orientaciones sexuales, no corresponden al modelo binario.

El proceso judicial colombiano es un escenario representativo de la democracia. Los valores de la diversidad y el pluralismo son condiciones que le dan legitimidad a su existencia como instrumento de justicia; desconocerlos implica que el Estado, la sociedad y el Derecho y lo creado como medio para salvaguardar al ser humano y a la humanidad, pierdan su razón de ser y su sentido ético.

Los jueces son baluartes de la democracia y de la justicia. Ante la oscuridad de la maldad, la desigualdad y la violencia en el mundo se debe mantener encendida la luz de la esperanza de una sociedad más incluyente y justa. En esa labor el absoluto respeto por la diferencia y variabilidad de los seres humanos, y en especial, la solidaridad y la alteridad frente a los más vulnerables, debe ser la guía perenne

La visión alejada de los seres humanos agudiza su sufrimiento. La angustia y el dolor se acentúan cuando los

jueces, llamados a resguardar los derechos, omiten su inmortal tarea. La justicia torna el estado de zozobra e incertidumbre en normalidad. El caso es vivo ejemplo, en tanto, en instancia se consolidaron y perpetuaron los contextos de discriminación de quienes se alejan del modelo hegemónico heterosexual.

La diversidad de los seres humanos representada en distintas individualidades y en sus expresiones, forja verdadera identidad de nación. En momentos aciagos se debe retornar a lo fundamental; a lo humano; a la unidad en la diferencia; a la empatía por el otro; a comprender que la lucha inspirada en el bien común hace que la desigualdad formal y material sea cosa del pasado. Las equivocaciones también deben contribuir a ese propósito.

La mira de la justicia, entonces, conforme a los principios universales de igualdad y de no discriminación, y los valores que inspiran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y el orden jurídico interno, es erradicar patrones de discriminación y de intolerancia. Todo, en el marco de una conciencia colectiva que día a día propenda por igual al restablecimiento pleno de los derechos y libertades fundamentales.

5.4. En consecuencia, la revocatoria del fallo apelado se impone; en su lugar, se procederá de conformidad, disponiendo el pago de costas en ambas instancias a la parte demandada.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia del 25 de septiembre de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, en el proceso verbal incoado por Johao Enrique Zúñiga Martínez contra los herederos ciertos e indeterminados de Carlos Arturo Abril.

En consecuencia, en sede de instancia:

7. RESUELVE:

Primero. Revocar en su totalidad el fallo de 7 de junio de 2018, proferido por el Juzgado de Familia de Soacha.

Segundo: Declarar que entre Johao Enrique Zúñiga Hernández y Carlos Arturo Abril existió una unión marital de hecho desde el 1º de diciembre de 2008, hasta el 10 de julio de 2016, y una sociedad patrimonial, ahora disuelta y a liquidarse por los cauces legales.

Tercero: Ordenar la inscripción de la presente decisión en el registro civil de nacimiento de los compañeros permanentes.

Cuarto: Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada. En las de segundo grado inclúyase la suma

equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de la Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA