

Bogotá D. C., Noviembre 29 de 2010

D-8376.



Honorables Magistrados
SALA PLENA
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Ref: Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil, el inciso 1° del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, y el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009.

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Marcela Sánchez Buitrago, directora ejecutiva de COLOMBIA DIVERSA; Rodrigo Uprimny Yepes, director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA; Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez y Cesar Rodríguez Garavito, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA; Mauricio Noguera Rojas, abogado de COLOMBIA DIVERSA; y Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, obrando en calidad de ciudadanas y ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1° del artículo 242 de la Constitución Política y en el decreto 2067 de 1991, presentamos ante la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 113 del Código Civil, el inciso 1° del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, y el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, por la violación de los artículos 1°, 13,14,15,16 y 42 de la Constitución Política Nacional¹.

I. NORMAS DEMANDADAS

La demanda se dirige esencialmente contra las expresiones subrayadas “*un hombre y una mujer*” y “*de procrear*” contenidas en el artículo 113 del Código Civil, que dice:

¹ Los demandantes queremos agradecer y reconocer el trabajo del abogado y comprometido activista por los de la población LGBT, MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO, quien infortunadamente no pudo concurrir a la presentación de esta demanda, pero cuyos aportes fueron fundamentales para la realización de la misma. Igualmente agradecemos y reconocemos los aportes de NELSON CAMILO SÁNCHEZ, investigador de Dejusticia, quien también participó en la elaboración de la demanda, pero no pudo estar en su presentación.

Artículo 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Por razones de integración normativa, y de ser necesario, la demanda se dirige también contra la expresión “*de un hombre y una mujer*” del primer inciso del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, que dice:

Artículo 2o. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Igualmente, y también por integración normativa, la demanda se dirige también contra la expresión “*de un hombre y una mujer*” del primer inciso del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, que dice:

Artículo 2o. DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

Familia. Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

Las expresiones y normas demandadas violan los artículos 1 (dignidad humana dentro de un Estado social de Derecho), 13 (derecho a la igualdad), 14 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, concretamente en cuanto al estado civil), 15 (derecho a la intimidad y al buen nombre), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad) y 42 (derecho a la autonomía reproductiva) de la Constitución Política Nacional.

III. COMPETENCIA DE LA CORTE

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución pues se trata de una demanda ciudadana contra una norma legal. Además, no hay cosa juzgada pues hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las expresiones y normas demandadas, por lo cual procede un pronunciamiento de fondo al respecto. Esta demanda plantea que una de las expresiones acusadas (“de procrear”) es inconstitucional, mientras que la otra (“un hombre y una mujer”) incurre en una omisión legislativa relativa. Como se explicará en la parte final de la demanda, este escrito cumple con todos los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que la jurisprudencia constitucional exige para una demanda de inconstitucionalidad, en especial frente a cargos por omisión legislativa relativa. Las otras dos normas demandadas, a saber la expresión “por la

decisión libre un hombre y una mujer” del primer inciso del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, e demandada por razones de integración de la proposición jurídica, como se explica en el punto VII-4 de esta demanda y son todas disposiciones legales frente a las cuales la Corte es competente.

IV. PRETENSIONES

Como se explicará en los fundamentos jurídicos de esta demanda, la pretensión es que la Corte Constitucional declare la inexecutable de la expresión “de procrear”. Frente a la expresión “un hombre y una mujer”, la pretensión principal es que la Corte declare que esta incurre en una omisión legislativa relativa inconstitucional, por lo cual dicha expresión es executable, pero en el entendido de que también pueden contraer matrimonio las parejas del mismo sexo. Por razones de unidad normativa, solicitamos la inexecutable de la expresión “de un hombre y una mujer” del primer inciso del artículo 2 de la Ley 294 de 1996 y del primer inciso del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, para que esas normas quedes del siguiente tenor: *“La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”*

Además, y por las razones que señalamos en la parte VII de esta demanda sobre unidad normativa, solicitamos un condicionamiento general de la Corte con el fin de que precise en la parte resolutive que cuando la ley en general haga referencia a “cónyuges” o haga referencia a “hombre y mujer” al regular la institución matrimonial, en virtud del principio de protección igual a las parejas heterosexuales y del mismo sexo, debe entenderse que dichas expresiones hacen referencia también a los cónyuges o integrantes casados de las parejas del mismo sexo.

Subsidiariamente, y en caso de que la Corte considere que no puede recurrir a una sentencia integradora o aditiva inmediata para llenar el vacío inconstitucional provocado por la omisión legislativa relativa, solicitamos entonces a la Corte que establezca una modalidad de sentencia intermedia, de “constitucionalidad condicionada con efectos diferidos” en la siguiente forma: que reconozca en forma inmediata el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio con base en las regulaciones básicas existentes del matrimonio y los condicionamientos anteriormente señalados a la definición legal de matrimonio. Pero que, tomando en consideración la libertad de configuración del legislador en este campo, la Corte le otorgue un plazo de seis meses al Congreso para que regule en forma no discriminatoria el matrimonio para las parejas del mismo sexo. Podría entonces la Corte diferir el efecto de su condicionamiento por esos seis meses, pero precisando que si el Congreso no realiza esa regulación en ese plazo, entonces debe entenderse que rige plenamente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, con base en la regulación vigente y los condicionamientos hechos por la Corte en la sentencia que profiera frente a esta demanda.

Finalmente, esta Corte ha acogido en algunas ocasiones una doctrina según la cual los demandantes no pueden solicitar la constitucionalidad condicionada de ninguna disposición, por cuanto la acción pública es de inconstitucionalidad y no de constitucionalidad condicionada. Consideramos que, por las razones que se explican en la parte VII de esta demanda, que esa doctrina no es constitucionalmente adecuada y que afortunadamente la Corte parece haberla abandonado en su evolución jurisprudencial reciente. Con todo, para evitar cualquier posibilidad de que la demanda pueda ser considerada inepta, subsidiariamente, en caso de que la Corte no acoja la pretensión principal de que declare que la expresión acusada incurre en una omisión legislativa relativa inconstitucional, por lo cual dicha expresión es exequible pero en el entendido de que también pueden contraer matrimonio las parejas del mismo sexo, entonces solicitamos a la Corte que i) declare inexecutable la posible interpretación, según la cual dicha expresión excluye el matrimonio por parejas del mismo sexo, o ii) declare inexecutable dicho aparte.

V. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA DEMANDA

Con el fin de aclarar los cargos, los demandantes hemos preferido comenzar por resumir la lógica esencial de la demanda, para luego desarrollar detalladamente los diferentes aspectos de la acusación

La presente demanda aborda dos cuestiones fundamentales. Por un lado, nos ocupamos de analizar la constitucionalidad de la expresión "*de procrear*" contenida en el artículo 113 del C.C en virtud de la cual se define la procreación como una de las finalidades del matrimonio. Aunque esta cuestión tiene una conexión directa con el tema central de la demanda en tanto una de las razones que suele invocarse para negar el matrimonio entre personas homosexuales es que estas no pueden procrear, advertimos que al margen de esta cuestión existen razones que justifican la inconstitucionalidad de dicha expresión. Argumentamos que la definición de la procreación como finalidad del matrimonio comporta un desconocimiento del derecho a la autonomía reproductiva (art. 42 C.P) —que implica el derecho a decidir libremente no tener ningún hijo—, a la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de los contrayentes, en especial de la mujer, dada la posición especial que por cuestiones biológicas y culturales tiene esta frente a la reproducción. Por tales razones estimamos que la definición de la procreación como finalidad del matrimonio es inconstitucional.

Por otro lado, nos ocupamos de los argumentos específicos que sustentan la inconstitucionalidad de la restricción del matrimonio a las parejas heterosexuales. Partiendo del precedente de la Corte en materia de los derechos de las parejas homosexuales según el cual el análisis del trato desigual dado a estas parejas debe someterse a un test estricto de proporcionalidad, procedemos a aplicar este test en el caso concreto. Pero antes de hacerlo abordamos dos cuestiones preliminares. En primer lugar, como presupuesto para aplicar el test estricto, demostramos que las parejas heterosexuales y las homosexuales se encuentran

en una situación asimilable en relación con la posibilidad de celebrar el contrato de matrimonio por cuanto tienen unos requerimientos análogos de protección. Argumentamos que la diferencia que suele invocarse para justificar el trato discriminatorio, a saber, que solo las parejas heterosexuales pueden constituir una familia, es un elemento que debe ser tenido en cuenta al aplicar el test estricto, pero no como fundamento para evitar su aplicación. De otro lado, sostenemos que la diferencia fundada en la incapacidad biológica de procrear tampoco puede ser tomada en cuenta para negar el carácter asimilable de los dos tipos de parejas, porque la capacidad de procrear no constituye una condición para celebrar el matrimonio, ni para su validez, de tal modo que en este punto las parejas homosexuales se encuentran en la misma situación que las parejas heterosexuales que no pueden engendrar.

La segunda cuestión preliminar a la que nos enfrentamos antes de aplicar el test es a una posible objeción a la admisibilidad constitucional del matrimonio homosexual que se derivaría de una interpretación del artículo 42 de la Constitución que establece que la familia se constituye, entre otros, *"por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio"*. Según una posible lectura de esta disposición, la misma Constitución restringiría el matrimonio a las parejas heterosexuales y prohibiría la consagración legal del matrimonio homosexual. Para controvertir dicha interpretación, argumentamos que una interpretación literal del artículo en cuestión admite dos posibles entendimientos: uno que implicaría que es obligatorio permitir el matrimonio entre hombre y mujer, pero que además este únicamente puede ser contraído por parejas heterosexuales; y otro que reconocería también la obligación de consagrar el matrimonio entre un hombre y una mujer, pero dejaría abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico prevea otros tipos de matrimonio. Ante estas dos posibles interpretaciones sostenemos que la interpretación restrictiva es más débil que la interpretación amplia, por cuanto parte del supuesto erróneo de que la Constitución protege un tipo único de familia –la heterosexual–, desconociendo que la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional reconocen y protegen otros tipos de familia como la conformada por madres o padres cabeza de familia y la familia de crianza. Es débil además porque asume equivocadamente que el artículo 42 contiene una regla exceptiva en materia de matrimonio y no, como efectivamente ocurre, una regla especial. Y es débil también porque es incompatible con una interpretación sistemática de la Constitución en la medida en que implica la vulneración de derechos fundamentales de las personas homosexuales reconocidos en los artículos 1º, 13, 14 y 16 de la Carta.

Después de demostrar que las parejas homosexuales se encuentran en una situación asimilable a las heterosexuales, y que la Constitución no prohíbe la consagración legal del matrimonio homosexual, procedemos a aplicar el test. Argumentamos que el trato desigual no obedece a un fin constitucionalmente imperioso y legítimo, en la medida en que la protección especial de la familia heterosexual –que parecería ser el fin invocado en este caso concreto– obedece a una interpretación equivocada del artículo 42 de la Carta en la medida en que, como ya lo indicamos, parte del supuesto erróneo de que la Constitución solo protege la familia heterosexual y monogámica. Por otro lado, aun partiendo de tal supuesto erróneo, la invocación de tal fin tampoco resulta legítima porque desconoce

que el matrimonio no está ligado exclusivamente a la noción de familia, pues su principal característica es la de ser un contrato que genera un vínculo jurídico entre los contrayentes que genera obligaciones personales recíprocas en el ámbito exclusivo de la pareja.

Argumentamos que aun si se insiste en sostener que la única familia que goza de protección constitucional es la heterosexual y que el matrimonio solo puede entenderse como fuente jurídica de la familia, el trato desigual no resiste el segundo paso del test ya que no existe una relación de adecuación entre la finalidad enunciada y el medio escogido para alcanzarla. En efecto, si se acepta que las parejas homosexuales contraigan matrimonio, las parejas heterosexuales que decidan casarse no verán anulada, ni menguada la protección que el orden jurídico les prodiga.

Finalmente, advertimos que la restricción que se deriva del artículo 113 del Código Civil tampoco es proporcional al fin perseguido con el trato desigual, por cuanto los efectos negativos que genera sobre las parejas homosexuales son mucho mayores que los beneficios para las parejas heterosexuales. Tal es así, por cuanto pese a los avances obtenidos por las parejas homosexuales en materia de protección de sus derechos, el contrato de matrimonio ofrece a las parejas un núcleo de protección que no es garantizado por ninguna otra figura jurídica, ni siquiera por la que más se le parece, a saber, la unión marital de hecho. Esto genera un déficit de protección para las parejas homosexuales en cuanto las priva de la posibilidad de gozar de ciertas prerrogativas como elevar a la categoría de deberes jurídicos los compromisos morales de la pareja, restringir la libertad para dar por terminada la unión, obtener un mayor grado de protección patrimonial, modificar el estado civil y acceder con mayor facilidad a ciertos beneficios legales. Tal déficit de protección comporta una violación a los derechos a la igualdad (Art. 13 CP), a la dignidad humana (Art. 1º CP), al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP) y a la personalidad jurídica (Art. 14 CP) de las personas homosexuales.

Luego de aplicar el test estricto de proporcionalidad procedemos a formular el cargo por violación de la dignidad humana (Art. 1º C.P). En este sostenemos que la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio constituye un incumplimiento del deber mínimo de protección que vulnera el derecho a la dignidad humana de los integrantes de la pareja. En concreto, la exclusión señalada afecta cada una de las tres dimensiones del derecho a vivir una vida digna, a saber, vivir como se quiere, vivir bien y vivir sin humillaciones.

En último lugar presentamos el cargo por vulneración del derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P). En este analizamos los eventuales argumentos que podrían alegarse para justificar la limitación de este derecho. Tras excluir los prejuicios existentes acerca de la capacidad o la madurez de las personas homosexuales para celebrar el contrato de matrimonio, aplicamos el juicio de proporcionalidad. Retomando los planteamientos expuestos al aplicar el test estricto de proporcionalidad frente al trato desigual, demostramos que la restricción a la autonomía en este caso no obedece a un fin constitucional legítimo y que además es extremadamente desproporcionada pues no reporta ningún beneficio concreto, mientras que sí se vulneran múltiples derechos de las personas

homosexuales. Concluimos que esta limitación se sustenta en una única visión de la sexualidad (la heterosexual), que atenta contra el principio de pluralismo.

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

El artículo 113 del Código Civil define el matrimonio como *“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*. De acuerdo con esta definición, el objeto de este contrato civil está dado por los tres fines enunciados, a saber, la cohabitación, la procreación y el auxilio mutuo.

La consagración de la procreación como fin del contrato de matrimonio es una de las razones que suele ser invocada para justificar el impedimento de que las parejas homosexuales contraigan matrimonio. Así, al especificar las características de este contrato, la Corte Constitucional indicó que el mismo *“debe celebrarse entre hombre y mujer, como una consecuencia de uno de los fines del matrimonio: la procreación”*². Aunque tal como lo argumentaremos en el siguiente apartado, esta finalidad no puede ser aducida como justificación del trato diferenciado dado a las parejas homosexuales, existen razones que sustentan la inconstitucionalidad de dicha expresión más allá de la cuestión de los derechos de los homosexuales. En efecto, la definición de la procreación como finalidad del matrimonio comporta un desconocimiento de los derechos a la autonomía reproductiva (art. 42 C.P), a la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de las personas que deciden contraer matrimonio y, por tal razón, la misma resulta contraria a la Constitución.

El artículo 42 de la Constitución dispone que *“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”*. Este derecho reproductivo que concreta en el plano de la sexualidad los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) fue reconocido por primera vez como un derecho humano fundamental en la Proclamación de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán en el año de 1968. En esta Proclamación se indica que los padres tienen derecho *“a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos”*. En el mismo sentido, la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994 reconoce en su documento de acción que *“los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a ‘decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo’”* y que *“la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de*

² Corte Constitucional, sentencia C-821 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia"³
(subraya fuera de texto).

De acuerdo con las disposiciones referidas, los hombres y mujeres tienen el derecho fundamental a la autonomía reproductiva que implica el derecho a determinar el número de hijos, el cual a su vez incluye el derecho a decidir libremente no tener ningún hijo. En este sentido, el artículo 42 reconoce el derecho de la pareja a la libertad de procreación. Ahora, si bien este mismo artículo faculta expresamente al legislador para regular todo lo referente al matrimonio, dicha potestad no es absoluta pues, como lo ha resaltado la Corte: "[l]a decisión constitucional de confiar la regulación de la institución jurídica del matrimonio a la ley civil conlleva cargas y límites al Congreso de la República, el cual debe ejercer sus competencias respetando el orden constitucional vigente"⁴. Los límites iniciales a los que se encuentra sometido el legislador están precisamente consagrados en el artículo 42. A modo de ejemplo, la Corte ha indicado los siguientes: "[l]as relaciones familiares deben regularse, teniendo en cuenta que se basan en 'la igualdad de derechos y deberes de la pareja' y en 'el respeto recíproco' entre todos sus integrantes (art. 42-4, CP). Deberá tenerse en cuenta que la 'honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables' (art. 42-3, CP)"⁵.

Para el caso concreto, el derecho a la autonomía reproductiva establecido también en dicho artículo constituye otro de los límites a la potestad del legislador. En virtud de este límite, al legislador le está vedado establecer en la regulación del matrimonio cualquier disposición que niegue tal derecho. Sin embargo, esto es precisamente lo que sucede al definir la procreación como uno de los fines del matrimonio. Con esta disposición el legislador desconoce el derecho a la autonomía reproductiva de los contrayentes en la medida en que ata la decisión de establecer un vínculo jurídico con la pareja a la finalidad de procrear. En este sentido, las personas que deciden casarse ven seriamente restringido su derecho a libertad de procreación, el cual incluye el derecho a decidir no tener hijos. Esto comporta sin lugar a dudas una injerencia arbitraria del legislador en el ámbito de la intimidad personal y familiar de los cónyuges por cuanto afecta la libertad de estos de decidir acerca de si tienen hijos o no, la cual es una decisión que atañe exclusivamente a la esfera privada. De este modo se vulnera el derecho a la intimidad (art. 15 C.P) que según lo ha dicho la Corte "se proyecta en dos dimensiones: como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada"⁶. (subraya fuera de texto). Las personas deben tener la posibilidad de optar por el matrimonio sin que esto implique someterse al designio de convertirse en padres. Negar tal posibilidad constituye además una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de conformidad con el cual las personas pueden escoger libremente y realizar su propio proyecto de vida.

³ Citado en: Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-489 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De otro lado, cabe resaltar que a diferencia de lo que sucede con los otros dos fines del matrimonio (la cohabitación y el auxilio mutuo) frente a los que ambos cónyuges se encuentran en un nivel de igualdad, el fin de la procreación recae de un modo más fuerte sobre la mujer. De hecho, la inclusión de la procreación como finalidad del matrimonio evidencia con claridad la genealogía patriarcal de este⁷ y, en tal medida, constituye un rezago de una concepción que aboga y a la vez se sustenta en una ordenación de los sexos que resulta incompatible con el marco constitucional vigente. Tal es así por cuanto el mantenimiento de dicha finalidad en el orden jurídico alimenta el imaginario que ata la posición de la mujer en el marco de las relaciones de la pareja y en la familia a su rol de "procreadora". Si bien la concepción, en tanto primer eslabón de la reproducción, requiere la concurrencia del hombre y la mujer, es sobre esta última que recae el peso de la procreación pues es ella quien tiene la capacidad biológica para gestar y dar a la luz. Por tal razón, la Corte Constitucional ha señalado que "*respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción*"⁸ (subrayado fuera de texto).

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

⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

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

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

Habiendo demostrado la inexecutable de dicha expresión, procederemos a continuación a desarrollar los argumentos específicos en relación con la inconstitucionalidad de la imposibilidad de que las parejas conformadas por personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

2. Precedente judicial aplicable al presente caso

En los últimos dos años, la Corte Constitucional llevó a cabo un giro jurisprudencial de inmensa trascendencia en materia de los derechos de las personas homosexuales. En efecto, a través de las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T- 856 de 2007, C-336 de 2008 y C-029 de 2009, la Corte cambió el precedente que durante muchos años mantuvo sobre la materia, y que en lo esencial garantizaba el derecho a la igualdad y la prohibición de

discriminación (Art. 13 CP) de las personas homosexuales en tanto que individuos⁹, pero sin extender tal protección a las parejas y las familias conformadas por estas personas¹⁰.

El origen e hito de este cambio de precedente se encuentra en la sentencia C-075 de 2007 en la cual la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley 54 de 1990 en el entendido que el régimen de protección de las uniones maritales de hecho allí consagrado a favor de los compañeros permanentes es aplicable a las parejas del mismo sexo. Si bien esta sentencia restringió el alcance de su parte resolutive al régimen patrimonial de compañeros permanentes propio de la Ley 54 de 1990, la misma estableció un precedente constitucional nuevo en materia de derechos de las parejas homosexuales aplicable a todos los temas relacionados con estas. En efecto, la sentencia estableció que, si bien pueden existir diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales, ambos tipos de parejas presentan unos requerimientos análogos de protección. Estos requerimientos derivan, de un lado, de que unas y otras parejas tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección y, de otro lado, de que la libre opción sexual se ejercita y tiene efectos en el ámbito de la vida en relación, por lo cual las parejas del mismo sexo demuestran necesidades similares que las parejas heterosexuales para lograr la realización de su proyecto de vida en común.

A partir de la constatación de la existencia de estos requerimientos análogos de protección, la Corte estableció dos subreglas jurisprudenciales de central importancia para el análisis de los casos de discriminación de parejas del mismo sexo. De un lado, la Corte determinó que el tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad. De acuerdo con este test, el trato diferenciado se presume discriminatorio y dicha presunción solo puede desvirtuarse si se prueba que el mismo (i) pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) es adecuado y necesario para cumplir con ese objetivo, y (iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos. De otro lado, la Corte estableció que, en los eventos en los cuales la aplicación del test estricto de proporcionalidad conduce a constatar una ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad de las parejas homosexuales y un consecuente vacío legal de protección de las mismas, la situación constituye una violación del deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a esas parejas, derivado de los requerimientos análogos de protección.

Las subreglas anteriormente mencionadas han sido reiteradas en tres recientes sentencias de constitucionalidad que las han aplicado a temas distintos de aquel tratado por la sentencia C-075 de 2007. Así, en la sentencia C-811 de 2007, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 y decidió que el mismo es constitucional en el entendido que el régimen de protección allí consagrado consistente en la cobertura familiar del plan obligatorio de salud del régimen contributivo también es

⁹ Ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencias T-097 de 1994, C-481 de 1998, T-618 de 2000.

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004, T-349 de 2006.

aplicable a las parejas del mismo sexo. Para llegar a esa conclusión, la Corte hizo referencia a la sentencia C-075 de 2007 como el “marco conceptual” contentivo de los “criterios doctrinales (...) que marcan la perspectiva actual en el tratamiento jurídico del tema”. En concreto, la Corte aplicó a la norma analizada un test estricto de proporcionalidad, a raíz del cual concluyó que el trato diferenciado allí consagrado era innecesario y desproporcionado. Igualmente, la Corte utilizó la fórmula del déficit de protección esbozada en la sentencia C-075 de 2007 como “criterio de evaluación de la disposición acusada” y con base en ella concluyó que, al limitar el alcance de los beneficios de salud al ámbito familiar y al excluir con ello a las parejas del mismo sexo de tales beneficios, la norma analizada también adolecía de un déficit de protección.

Ahora bien, a pesar de utilizar la sentencia C-075 de 2007 como marco de referencia, la sentencia C-811 de 2007 no se limitó a reiterar sus subreglas, sino que también aportó elementos relevantes para la consolidación del precedente sobre la materia. En particular, al referirse a una norma cuyo alcance se encontraba determinado por la protección especial de la familia, la Corte hizo un análisis agudo de esta protección como objetivo buscado por la exclusión de las parejas del mismo sexo, y concluyó que esta no era necesaria para lograr ese propósito pues este podía lograrse perfectamente con la inclusión de las parejas del mismo sexo, inclusión que en nada reduciría la protección acordada a las familias y parejas heterosexuales. Así, dijo la Corte:

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

De esa manera, la Corte giró radicalmente su jurisprudencia anterior en la cual había considerado a la protección de la familia heterosexual como una justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a parejas heterosexuales.

La sentencia T-856 de 2007 también aplicó el precedente establecido en la sentencia C-075 de 2007 a un caso de tutela en el cual una entidad promotora de salud se había negado a afiliar como beneficiario al régimen contributivo de salud al compañero permanente homosexual de un cotizante. Para la Corte, la sentencia C-075 de 2007 “introdujo una nueva perspectiva al problema”, ya que “a partir de la decisión las parejas homosexuales pueden constituir uniones maritales de hecho cuando hagan ‘una comunidad de vida permanente y singular’”, y “para todos los efectos civiles se denominan compañero y compañera permanente a los integrantes de la pareja homosexual que forman parte de la unión marital de hecho”.

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

Finalmente, en la sentencia C-029 de 2009 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de una serie de normas que establecían beneficios o cargas que tenían como destinatarios a las parejas heterosexuales, pero que excluían a las homosexuales¹¹. En este fallo, la Corte reiteró la regla según la cual toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas y que se proyecte tanto en el ámbito individual como en el de las relaciones de pareja debe someterse a un escrutinio estricto de constitucionalidad. Al respecto puntualizó:

la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y que, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución

En esta providencia la Corte resaltó además que, en virtud de las diferencias existentes

¹¹ Tales disposiciones fueron las siguientes: normas civiles que regulan el patrimonio inembargable de familia, la afectación a vivienda familiar y la obligación de prestar alimentos; la norma que reduce el tiempo para acceder a la nacionalidad por adopción en favor de los compañeros permanentes; las que conceden beneficios especiales de acceso a derechos de residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a los compañeros permanentes; normas penales, penales militares y disciplinarias que consagran la garantía de no incriminación; las que establecen la posibilidad de prescindir de la pena cuando se comete un delito o contravención de carácter culposo que afecta únicamente al compañero(a) permanente; las que consagran como circunstancia de agravación punitiva de ciertos delitos que la víctima sea compañero(a) permanente o integrante del grupo familiar del sujeto activo; normas penales y preventivas de delitos que tienen por sujeto pasivo al compañero(a) permanente; las que consagran la presunción de la calidad de víctima para acceder a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación frente a crímenes atroces; las que definen los beneficiarios del régimen especial de seguridad social para los miembros de la Fuerza Pública; las que consagran beneficios sociales como la prestación social del subsidio familiar en servicios, el subsidio familiar de vivienda, subsidios y adjudicación de tierras baldías; la que define los beneficiarios de la indemnización por muerte en accidente de tránsito del Seguro Obligatorio de Salud (SOAT); y finalmente, normas de derecho público que establecen límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos con el Estado.

entre las parejas homosexuales y heterosexuales, la aplicación del test estricto está sujeta a la constatación de que ambos tipos de pareja se encuentren en una situación semejante en relación con las disposiciones que no incluyen a las primeras en su ámbito de protección. De conformidad con la Corte, *“no hay necesidad de acudir al test cuando se está ante situaciones que no resulten asimilables”*¹².

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

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

Antes del giro jurisprudencial que efectuó la Corte Constitucional en la sentencia C- 075 de 2007 y que abrió paso a la consolidación del precedente vigente en materia de protección de los derechos de las parejas homosexuales, la Corte se había referido a las diferencias existentes entre estas parejas y las heterosexuales y en ellas había afinado la justificación de su tratamiento desigual. Así, la sentencia C-098 de 1996, que había declarado la exequibilidad de la no inclusión de las parejas homosexuales en el régimen de protección previsto para las uniones maritales de hecho en la Ley 54 de 1990, señaló como una de tales diferencias el que las uniones heterosexuales conforman una familia, no así las uniones constituidas por personas del mismo sexo. Al respecto indicó: *“[l]as uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales”*¹³.

De otra parte, resaltó que la unión sexual en las parejas heterosexuales puede desatar la procreación, a diferencia de lo que sucede con las uniones entre personas del mismo sexo. Sobre este punto señaló: *[...] sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual*¹⁴.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ *Ibid.*

Ahora bien, en sus pronunciamientos posteriores, la Corte Constitucional no ha desconocido la existencia de tales diferencias, pero ha modificado el lugar que ocupan las mismas en el análisis de la constitucionalidad de disposiciones que establecen medidas de protección o cargas únicamente para las parejas heterosexuales. En su más reciente fallo sobre la materia, la Corte indicó que dadas las diferencias entre los dos tipos de parejas “no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras”¹⁵ y que “para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria”.

A partir de la sentencia C-075 de 2007 el análisis acerca de las diferencias entre los dos tipos de parejas dista mucho del efectuado en la sentencia C-098 de 1996. En primer lugar, antes de la C-075 de 2007 el carácter asimilable de la situación de uno y otro tipo de pareja no tenía lugar dentro del análisis de constitucionalidad, el cual se fundaba exclusivamente en las diferencias advertidas. En segundo lugar, precisamente porque el carácter análogo de la situación era obviado, no se aplicaba el test estricto que, conforme al precedente vigente, es menester aplicar.

El segundo aspecto indicado es central para determinar el lugar que dentro del juicio de constitucionalidad deben ocupar las diferencias que existen entre los dos tipos de parejas. En efecto, según la Corte Constitucional el presupuesto para aplicar el test estricto es que las parejas se encuentren, en el caso concreto, en una situación asimilable. Este carácter asimilable se determina en virtud de la existencia de requerimientos análogos de protección en el caso concreto y por tal razón, las diferencias que existen entre las parejas homosexuales y heterosexuales solo pueden ser tenidas en cuenta para desdejar tal carácter asimilable en la medida en que de las mismas se desprenda la inexistencia de necesidades análogas de protección frente a lo establecido en la norma que excluye de su ámbito a las parejas homosexuales. En este sentido, la diferencia fundada en la idea de que solo la pareja heterosexual puede constituir una familia, no puede servir de base para negar *prima facie* el carácter asimilable de estos dos tipos de pareja respecto al contrato de matrimonio y evitar, de este modo, la aplicación del test estricto. De conformidad con el precedente vigente sobre la materia, esta diferencia cobra relevancia, pero dentro de la aplicación del test, no para fijar su procedencia. Es en esta perspectiva que debe entenderse el siguiente planteamiento de la Corte que hace parte del último fallo proferido hasta el momento en materia de derechos de las parejas homosexuales:

[...] no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria per se, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras.

En particular, el mandato de protección integral de la familia y la definición de esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, pueden dar lugar a

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil

*previsiones legislativas que atiendan a esa particular realidad, y que, en la medida en que, como respuesta a un imperativo constitucional, se orienten a la protección de ese núcleo esencial de la sociedad, no pueden considerarse como discriminatorias por no incluir en ellas situaciones que no encajan en el concepto constitucional de familia*¹⁶.

Es decir, así como no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, tampoco la adscripción de las primeras a la noción de familia puede justificar *per se* el trato discriminatorio. En tanto imperativo constitucional, la protección especial de la familia heterosexual debe someterse en cada caso concreto al análisis propio del test estricto de proporcionalidad, pues lo contrario implicaría un retorno a la jurisprudencia anterior a la sentencia C-075 de 2007 y, por tal razón, un desconocimiento del precedente vigente.

La segunda diferencia advertida entre los dos tipos de parejas en cuestión, a saber, la que se da respecto a la capacidad natural de procrear, merece una consideración distinta por cuanto uno de los cargos de la demanda impugna precisamente la constitucionalidad de la expresión "*de procrear*" contenida en el artículo 113 del Código Civil. En este sentido, dado que lo que se debate en la demanda en cuestión es la constitucionalidad de la procreación como uno de los fines del contrato de matrimonio, la diferencia basada en este aspecto no puede ser en principio tenida en cuenta para negar la situación análoga en la que se encuentran ambos tipos de parejas frente al contrato de matrimonio, ni mucho menos para justificar el trato discriminatorio. Sin embargo, aún en el evento en que la Corte encuentre que la definición de la procreación como uno de los fines del matrimonio es constitucional, la diferencia anotada no desvirtúa el carácter asimilable de la situación de las parejas homosexuales y las heterosexuales en este caso concreto. En efecto, la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato. Al respecto, el profesor Monroy Cabra ha resaltado que no hay vicio alguno en que el contrato de matrimonio se celebre entre dos personas que, en virtud de la vejez, la disfunción sexual o la infertilidad, no tengan capacidad de procrear¹⁷.

Desde esta perspectiva, la idea de que las parejas homosexuales no se encuentran en una situación análoga a la que se encuentran las parejas heterosexuales frente al contrato de matrimonio por el hecho de que las primeras no tienen la capacidad de procrear de un modo natural, se sustenta en una comparación incompleta y sesgada que parte del presupuesto erróneo de que todas las parejas heterosexuales son aptas para procrear. Para que la comparación sea completa e imparcial es necesario incluir todas las variables que constituyen las categorías a comparar. Así las cosas, es forzoso reconocer que, en lo que respecta a la cuestión de la procreación, las parejas homosexuales se encuentran en la misma situación que las parejas heterosexuales que no pueden engendrar.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Monroy Cabra, Marco Gerardo (2009). *Derecho de Familia y de Menores*, Duodécima Edición, Bogotá D.C: Librería Ediciones del Profesional LTDA. p. 221.

Efectuadas las anteriores aclaraciones, es procedente entonces precisar que las parejas heterosexuales y las homosexuales se encuentran en una situación análoga en este caso concreto, es decir, respecto a los requerimientos de protección que solo pueden ser satisfechos mediante la celebración del contrato de matrimonio. Tal situación análoga se desprende de los aspectos que resultan comunes a ambos tipos de parejas y de los cuales se derivan unas expectativas de protección jurídica semejantes. Entre tales expectativas, la de poder celebrar contrato de matrimonio ocupa un lugar importante, en tanto se trata de un acuerdo solemne de voluntades que permite que dos personas formalicen jurídicamente su relación y eleven al plano de la obligación jurídica los compromisos de cohabitación, fidelidad y auxilio mutuo. De otra parte, con excepción del fin de la procreación, los otros fines que constituyen el objeto del contrato de matrimonio pueden ser —y de hecho lo son— válidamente perseguidos por las parejas que proyectan una vida en común con vocación de permanencia, con independencia de que se trate de parejas conformadas por un hombre y una mujer o por dos personas del mismo sexo. Al respecto cabe destacar que de conformidad con la Corte Constitucional, las parejas homosexuales tienen unos requerimientos análogos de protección a los de las parejas heterosexuales porque tienen el mismo valor y dignidad que estas últimas. La Corte ha señalado que la opción de conformar una pareja homosexual tiene pleno valor para el ordenamiento porque es un ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre opción sexual, que ya no se restringen al ámbito individual¹⁸, sino que encuentran en la vida de pareja un ámbito imprescindible para su realización. De ese valor igual de las parejas se deriva una dignidad igual frente al ordenamiento constitucional, que implica un igual reconocimiento jurídico de ese valor, en aplicación del principio “a igual dignidad igual protección” (art. 7 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

En síntesis, en la medida en que tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales pueden orientarse hacia la consolidación de un proyecto de vida en común con vocación de permanencia, y en que ambos proyectos de vida tienen igual dignidad frente al ordenamiento jurídico, se puede concluir que los dos tipos de pareja se encuentran en una situación asimilable en el caso objeto de la demanda. En efecto, en virtud de las semejanzas anotadas, en ambos casos se da la expectativa de poder formalizar jurídicamente el compromiso que se orienta a la consecución de los fines propios del contrato de matrimonio.

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

Habiendo demostrado en el apartado anterior que la situación de la pareja homosexual es asimilable en este caso concreto a la de la pareja heterosexual es procedente aplicar el test estricto de proporcionalidad. Sin embargo, antes de hacerlo es preciso enfrentar una posible

¹⁸ Como lo había hecho la Corte Constitucional en sentencias como la T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

objeción a la admisibilidad del matrimonio para parejas homosexuales que parecería derivarse de la misma Constitución.

El artículo 42 de la Carta establece que la familia se constituye, entre otros, "*por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio*". Una posible lectura de esta disposición podría conducir a pensar que la Constitución, al referirse explícitamente al hombre y la mujer, estaría restringiendo el matrimonio a las parejas heterosexuales y, en tal sentido, no sería procedente aplicar el test pues el trato desigual provendría de la propia Constitución.

Sin embargo, una interpretación literal de la expresión en cuestión admite dos posibles entendimientos. En primer lugar, de conformidad con una interpretación literal restrictiva, el artículo 42 implicaría que es obligatorio permitir el matrimonio entre hombre y mujer, pero que además el matrimonio únicamente puede ser contraído por parejas heterosexuales. Según esta interpretación, la Constitución prohibiría cualquier otro tipo de matrimonio que no sea entre un hombre y una mujer. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación literal amplia, la disposición aludida impondría la obligación de consagrar el matrimonio entre un hombre y una mujer, pero dejaría abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico prevea otros tipos de matrimonio.

Aunque *prima facie* ambas interpretaciones resultan razonables, diversas consideraciones hermenéuticas conducen a pensar que la segunda alternativa constituye una interpretación más adecuada del artículo 42. Esto es así por cuanto, en primer lugar, la interpretación restrictiva desconoce que el mismo artículo 42 consagra la posibilidad de que el legislador reconozca y proteja familias distintas de aquellas que surgen del vínculo entre un hombre y una mujer. En efecto, el citado artículo establece que la familia "*se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*" (subraya fuera de texto). Aunque la Corte ha sostenido en varias ocasiones que la única familia que protege la Constitución es la heterosexual y monogámica, tal consideración no se compadece con una adecuada interpretación literal del artículo 42, ni con una interpretación sistemática de la Carta.

La Corte Constitucional en distintos fallos ha reconocido la existencia de tipos de familia diferentes al formado por una pareja monogámica y heterosexual, y ha señalado además la obligación constitucional de protegerlas. Uno de estos tipos de familia reconocido y protegido por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional es aquella conformada por madre o padre cabeza de familia¹⁹. De hecho, el propio artículo 43 de la Constitución consagra una especial protección para la "mujer cabeza de familia". Otro tipo de familia reconocida por la jurisprudencia de la Corte es aquella conocida como la "familia de crianza"²⁰, categoría en la que se ha incluido a la familia conformada por nietos

¹⁹ Ver, por ejemplo, Sentencia C-184 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda y Sentencia T-290 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

²⁰ Ver, entre otras, las Sentencias T-495 de 1997, T-592 de 1997, T-292 de 2004 y C-1026 de 2004.

y abuelos, y por integrantes sin vínculos biológicos. Los anteriores ejemplos ponen en evidencia que la interpretación del artículo 42 que sugiere que la única familia reconocida y protegida por la Constitución es aquella fundada en la unión de la pareja heterosexual contradice no solo el texto constitucional, sino además la realidad social y cultural del país.

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

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

discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para asignarles los mismos efectos²¹. (subraya fuera de texto)

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

Más aún, el que la norma constitucional prevea que el legislador regulará "las formas del matrimonio" demuestra que no todo el tema matrimonial está desarrollado en la expresión constitucional según la cual este se contrae libremente por un hombre y una mujer, de tal modo que la norma constitucional solo alude a una de las posibles formas del matrimonio, y el legislador puede desarrollar más sistemáticamente el tema. Ahora, la pregunta que surge en vista de este amplio margen de regulación con el que cuenta el legislador es si este debía o no incluir el matrimonio para las parejas del mismo sexo dentro de las formas posibles del matrimonio.

Tal como lo explicaremos en detalle en los siguientes apartados, una interpretación que niegue a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio contradice el artículo 13 que establece el derecho a la igualdad, el artículo 14 que consagra el derecho a la personalidad jurídica y los artículos 1º y 16 que respectivamente establecen los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. De conformidad con esto, la interpretación literal amplia del artículo 42 resulta más razonable por cuanto la restrictiva es incompatible con una comprensión sistemática de la Constitución. Igualmente, de esta interpretación sistemática de la Carta implica que el legislador no solo tenía la posibilidad de contemplar el matrimonio para las parejas del mismo sexo, sino que tenía la obligación de hacerlo.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001. En esta sentencia se ahonda en la naturaleza de las reglas especiales, ofreciendo un ejemplo que para el caso resulta ilustrativo: "[l]as reglas especiales son comunes dentro de nuestro ordenamiento, y su interpretación debe pasar por un cuidadoso análisis de su naturaleza, para evitar conclusiones irrazonables. Sería un absurdo por ejemplo, sostener que el artículo 81 de la Carta, al establecer que el 'Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional', en realidad está prohibiendo que el Estado regule el ingreso o la salida de otro tipo de recursos naturales. En este punto, el Constituyente tampoco creó una regla exceptiva sino un mandato especial, que desarrolla principios constitucionales, como la protección de la biodiversidad. El artículo 81 elevó a rango constitucional la obligación del Estado de regular el ingreso y salida de recursos genéticos, pero ella no excluye que el Legislador, para proteger el medio ambiente y la biodiversidad, pueda establecer otras reglas similares para otros recursos naturales distintos a los recursos genéticos".

De conformidad con lo anterior, resulta claro que una interpretación del artículo 42 que derive de este una prohibición constitucional del matrimonio homosexual es una interpretación muy débil respecto de aquella que niega la existencia de tal prohibición, por cuanto dicha interpretación parte de los supuestos erróneos de que la Constitución protege un tipo único de familia –la heterosexual– y de que el artículo 42 contiene una regla exceptiva en materia de matrimonio según la cual este *únicamente* puede ser celebrado por la pareja constituida por un hombre y una mujer. Tal interpretación resulta débil además porque es incompatible con una interpretación sistemática de la Constitución en la medida en que implica la vulneración de derechos fundamentales de las personas homosexuales reconocidos en los artículos 1º, 13, 14 y 16 de la Carta. Dado que no es razonable derivar la existencia de una prohibición constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo, es procedente entonces aplicar el test estricto de igualdad para determinar si, por el contrario, el legislador está en la obligación de permitirlo.

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

La Corte determinó en las sentencias C-075 de 2007, C-336 de 2008 y C-029 de 2009 que el tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad, en tanto el mismo se basa en un criterio sospechoso de discriminación, a saber, la orientación sexual. Además de los precedentes judiciales que son claros en este sentido, dos razones adicionales justifican la procedencia del test estricto en este caso. La primera es que, tal como lo demostramos en el punto 3 de esta demanda, las parejas homosexuales y heterosexuales se encuentran en una situación asimilable en lo que respecta al contrato de matrimonio, de tal modo que el presupuesto para aplicar el test, a saber, el carácter analogizable de los extremos del trato desigual, se encuentra ya demostrado con suficiencia.

La segunda razón es que al analizar cuestiones de igualdad relativas al matrimonio, ya la Corte ha dispuesto que lo procedente es aplicar el test estricto. Así lo hizo por ejemplo al analizar la constitucionalidad de una disposición que consagraba la posibilidad de convalidar la nulidad del matrimonio celebrado durante el rapto, pero solo para la mujer. Dijo la Corte en dicha oportunidad: *“Tal y como en varias oportunidades lo ha manifestado esta Corporación, cuando el control constitucional se efectúa sobre diferencias de trato cuyo punto de comparación es un “criterio sospechoso”, esto es, cuando existe un trato jurídico diferente por razones potencialmente prohibidas por el artículo 13 de la Constitución, tales como, el sexo; el juicio de igualdad debe ser más estricto. En este contexto, cuando el Legislador señala que solo la mujer puede subsanar el vicio del consentimiento que se estudia, utiliza el factor del sexo como un criterio de diferenciación.*

Por lo tanto, en esta oportunidad, la Corte adelantará un juicio de constitucionalidad estricto ²².

De conformidad con el test estricto, el tratamiento diferenciado se presume discriminatorio y dicha presunción solo puede desvirtuarse si se prueba que el mismo (i) pretende alcanzar un fin constitucionalmente imperioso y legítimo, (ii) es adecuado e indispensable para cumplir con ese objetivo, y (iii) es proporcionado, es decir, si sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos. De otra parte, la Corte estableció que, en los eventos en los cuales la aplicación del test estricto de proporcionalidad conduce a constatar una ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad de las parejas homosexuales y un consecuente vacío legal de protección de las mismas, la situación constituye una violación del deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a esas parejas, derivado de los requerimientos análogos de protección. A continuación procedemos a aplicar el test a la presente situación.

El primer paso del test estricto de proporcionalidad consiste en determinar si el trato desigual obedece a un fin constitucional que sea imperioso y constitucionalmente legítimo. Tal como lo indicamos en el tercer apartado, en la sentencia C-029 de 2009 la Corte Constitucional señaló que *“el mandato de protección integral de la familia y la definición de esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, pueden dar lugar a previsiones legislativas que atiendan a esa particular realidad”*. Diferentes elementos de juicio nos conducen a considerar que, en el presente caso, la protección especial de la familia resulta ser en apariencia la finalidad que podría invocarse para restringir el matrimonio únicamente a las parejas conformadas por un hombre y una mujer. Tal apreciación se funda en que el artículo 42 de la Carta alude al matrimonio como fuente de constitución de la familia. Al respecto, la Corte ha señalado que: *“la familia, entendida como vínculo natural, tiene su origen en la unión afectiva que surge entre un hombre y una mujer, mientras que como institución jurídica su fuente de formación es el matrimonio, siendo este el mecanismo a través del cual la unión es sancionada por el régimen legal”*²³. La justificación de la exclusión de las parejas homosexuales en virtud de esta finalidad resultaría confirmada por el hecho de que la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre los derechos de las parejas homosexuales, ha señalado con insistencia que la única familia que goza de reconocimiento constitucional es la familia heterosexual y monogámica y que, por tal razón, las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo no se inscriben dentro del concepto de familia que goza de tal reconocimiento.

Ahora bien, la valoración de la protección de la familia como fin que justificaría el trato discriminatorio de las parejas homosexuales amerita dos tipos de consideraciones. En primer lugar, es preciso evaluar si la protección especial de la familia que establece la Constitución opera únicamente para las familias constituidas por una pareja heterosexual pues, de no ser así, la invocación de tal fin no sería legítima. En segundo lugar, es necesario

²² Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2001, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-821 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

determinar cuál es la relación entre el contrato de matrimonio y la constitución de la familia, especificando hasta qué punto dicho contrato está ligado a la noción de familia.

En relación con el primer punto, cabe reiterar lo dicho en el anterior apartado en el sentido de que no es cierto que el único tipo de familia que goza de reconocimiento y protección constitucional es la heterosexual y monogámica. En este sentido, si la misma Corte ha reconocido la protección especial de la familia a estructuras familiares que no encajan en dicho tipo —como la constituida por madres o padres cabeza de familia y la familia de crianza—, no existe justificación para seguir excluyendo a las familias conformadas por personas del mismo sexo de la protección constitucional. Esto por cuanto tal exclusión se ha fundado precisamente sobre la idea errónea de que la única familia merecedora de tal protección es la que surge de la unión de dos personas de distinto sexo. Es por ello que consideramos que esta es una buena oportunidad para que la Corte adopte una interpretación del artículo 42 que esté más acorde con un entendimiento sistemático, teleológico, evolutivo de la Carta y acorde al derecho internacional de los derechos humanos sobre las relaciones familiares y la protección de los distintos tipos de familia.

En segundo lugar, en lo que respecta a la consideración del contrato de matrimonio únicamente como un mecanismo jurídico para constituir una familia, cabe resaltar que esta perspectiva desconoce las proyecciones que este contrato tiene en el ámbito exclusivo de la pareja y que tienen sentido con independencia de la catalogación del matrimonio como fuente jurídica de la familia. En efecto, la visión del matrimonio que es propia del Código Civil colombiano se enmarca en la teoría contractualista que afirma la concurrencia de los elementos esenciales de un contrato (voluntad, capacidad, objeto, causa, etc) cuyo perfeccionamiento depende del acuerdo de voluntades de los contrayentes²⁴. La doctrina jurídica contemporánea en materia de derecho de familia reconoce que esta perspectiva del matrimonio como contrato dista de la anticuada concepción de este como institución constituida por un conjunto de reglas esencialmente imperativas, cuyo fin era dar a la unión de sexos y a la familia una organización que se adecuara a las aspiraciones morales propias de un específico momento histórico²⁵. Ahora bien, en tanto contrato civil, la principal característica del matrimonio es que genera un vínculo jurídico entre los contrayentes que genera obligaciones personales recíprocas en el ámbito de la pareja y surte efectos de carácter patrimonial. En relación con el primer aspecto, la Corte Constitucional ha destacado que el carácter más relevante del contrato de matrimonio *“es que surge del consentimiento que deben otorgar los cónyuges, del cual a su vez emanan obligaciones como la fidelidad mutua, que le son exigibles a cada uno respecto del otro y que únicamente terminan con la disolución del matrimonio ya sea por divorcio o muerte”*²⁶. De un modo más amplio la Corte se refirió a las obligaciones de tipo personal que surgen del contrato de matrimonio en los siguientes términos:

²⁴ Al respecto ver: Parra Benítez, J. (2008). *Derecho de Familia*, Bogotá D.C.: Editorial Temis, pp. 92 y 115.

²⁵ Al respecto ver: Monroy Cabra (2009). Ob. Cit., p. 225.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-821 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En lo que refiere a los efectos personales entre cónyuges, es decir, a los derechos y obligaciones que surgen para los esposos, la ley civil dispone que estos son: la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua. (i) La cohabitación encuentra sustento en el artículo 178 del C.C., tal como fue modificado por el artículo 11 del Decreto-Ley 2820 de 1974, al señalar que, salvo causa justificada, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos el derecho a ser recibido en la casa del otro; (ii) en cuanto a la fidelidad [...] su fundamento legal es el artículo 176 del C.C. en el que se preceptúa "que los cónyuges están obligados a guardarse fe", o lo que es igual, a ser leales o fieles el uno con el otro; finalmente, (ii) el socorro y la ayuda mutua aparecen consagrados en los artículos 176 y 179 del C.C., en los que se dispone que los esposos están obligados a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, y a subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus capacidades²⁷.

Como puede advertirse, los efectos personales del contrato de matrimonio repercuten exclusivamente en el ámbito de la relación de pareja y no tienen una asociación directa con la noción de matrimonio como fuente jurídica de la familia. Igual consideración cabe realizar en relación con los efectos de orden patrimonial que se derivan de la sociedad conyugal que se conforma con la celebración del matrimonio, en tanto el carácter de esta sociedad consiste en la comunidad de los bienes de los contrayentes, es decir, nuevamente se trata de un aspecto que incumbe a la pareja.

Ahora bien, si la Corte persiste en negar a la unión homosexual el carácter de familia protegida constitucionalmente, o si decide sostener la tesis de que el matrimonio únicamente puede ser entendido como un contrato cuyo fin es la constitución de una familia, podría concluirse que el trato diferenciado obedece a un fin constitucionalmente legítimo e imperioso que sería la protección especial de la familia heterosexual. Sin embargo, aún así este fin resulta insuficiente para justificar el tratamiento desigual dado a las parejas homosexuales. Siguiendo con la aplicación del test estricto, es forzoso concluir que no existe una relación de adecuación entre la finalidad enunciada y el medio escogido para alcanzarla, en la medida en que no hay una conexión lógica ni causal entre el hecho de impedir que las parejas homosexuales celebren un contrato de matrimonio y el fin de proteger a la familia heterosexual. En efecto, tal impedimento no es necesario para lograr el fin perseguido por cuanto la permisón del matrimonio entre personas del mismo sexo en nada afecta la posición que las parejas heterosexuales tienen frente a este contrato. Si se acepta que las parejas homosexuales contraigan matrimonio, las parejas heterosexuales que decidan casarse no verán anulada, ni menguada la protección especial que el orden jurídico les prodiga y, por tal razón, prohibir el matrimonio homosexual no es una medida adecuada para garantizar la protección de la familia heterosexual.

Finalmente, la restricción que se deriva del artículo 113 del Código Civil tampoco es proporcional al fin que pretende garantizarse con ella, por cuanto los efectos negativos que la misma genera sobre las parejas homosexuales son mucho mayores que los beneficios que

²⁷ *Ibíd.*

comporta para las parejas heterosexuales. De hecho, al tratarse de una restricción inadecuada e innecesaria para lograr el fin que busca, la misma no reporta beneficios concretos. En contraste, son muy altos los efectos adversos que genera en términos de los derechos de las parejas del mismo sexo, los cuales se concretan en la existencia de un déficit de protección para las parejas homosexuales, derivado del hecho de que, a pesar de tener requerimientos análogos de protección a los de las parejas heterosexuales, no tienen acceso al mecanismo especial que puede satisfacerlos, a saber, el contrato de matrimonio.

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

La primera diferencia se da respecto al carácter del vínculo que surge en virtud de cada uno de esos dos tipos de unión y las consecuencias que el mismo tiene en el ámbito de las obligaciones personales que asumen los miembros de la pareja. Así, mientras que el contrato de matrimonio genera un vínculo jurídico entre los contrayentes, la unión marital de hecho no. Así lo ha destacado la Corte Constitucional que al respecto ha dicho: *“el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia [...]”*²⁸. La formalización jurídica de la relación de pareja, que es una característica privativa del contrato de matrimonio, hace que los compromisos morales que suelen atribuirse a una relación de pareja que tiene vocación de permanencia, tales como la cohabitación, la fidelidad y el apoyo, se eleven a la categoría de deberes jurídicos. Por otro lado, dicha formalización hace que la libertad jurídica para dar por terminada la unión sea absoluta en el caso de la unión marital, no así en el matrimonio. Sobre este punto la Corte ha indicado:

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

los compañeros [en la unión libre] nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges²⁹, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia³⁰.

El hecho de que la cohabitación, la fidelidad y el socorro y ayuda mutua adquieran el carácter de obligaciones jurídicas tiene una repercusión importante en lo que respecta a los efectos del contrato de matrimonio. En primer lugar, el incumplimiento de tales obligaciones constituye una causal de divorcio que puede ser invocada con el objeto de terminar el matrimonio. Y en segundo lugar, la comprobación del incumplimiento de una de tales obligaciones en un proceso de divorcio da lugar a que, aún después de terminado el matrimonio, persistan ciertas obligaciones a cargo del cónyuge culpable (el que con su conducta dio lugar a la configuración de la causal de divorcio) y a favor del cónyuge inocente, como la obligación de prestar alimentos establecida en el numeral 4° del artículo 411 del C.C. Igual ocurre cuando se solicita el divorcio invocando la causal de grave enfermedad del cónyuge. En este caso, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien ninguno de los cónyuges tiene la culpa de la terminación del matrimonio, el que solicita el divorcio tiene la obligación de prestarle alimentos al cónyuge enfermo o que padezca de una anomalía grave e incurable, física o psíquica y que carezca de los medios para subsistir autónoma y dignamente, como desarrollo de los derechos y deberes que se derivan del matrimonio, y en particular, de la solidaridad que debe regir las relaciones entre los cónyuges³¹.

El matrimonio ofrece pues a la pareja un régimen más favorable que la unión marital de hecho, pues de él se derivan derechos y deberes que van más allá del ámbito meramente económico y ofrecen en su conjunto una mayor protección a los miembros de la pareja que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad. De acuerdo con esto, es claro que el contrato de matrimonio otorga al compromiso de la pareja un nivel de solidez y de arraigo que no proporciona la unión libre, y que se deriva del carácter jurídico del vínculo que genera dicho contrato. En este sentido, para las personas que pretenden obtener tal nivel de solidez y arraigo en su relación de pareja, el único mecanismo jurídico que puede proteger tal expectativa es el contrato de matrimonio. Sobra señalar que tal pretensión se puede dar en cualquier tipo de pareja, sin que para el efecto tenga importancia el que esté constituida por personas del mismo o de diferente sexo.

La segunda diferencia entre el matrimonio y la unión libre se da en el ámbito patrimonial. De conformidad con el artículo 1774 del C.C, por el mero hecho del matrimonio se constituye la sociedad conyugal que tiene el carácter de sociedad de ganancias a título

²⁹ Cfr. Código Civil artículo 154 numerales 8° y 9°.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-533 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

La tercera diferencia tiene que ver con las implicaciones de las figuras jurídicas en cuestión sobre el estado civil. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia -en un pronunciamiento que es retomado por la Corte Constitucional³²- indicó que “[e]n el ordenamiento jurídico colombiano no se ha establecido constitucional ni legalmente, el estado civil de compañero permanente derivado de la unión marital de hecho”³³, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, en virtud del cual claramente surge el estado civil de casado. Este aspecto tiene importantes implicaciones en relación con el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución por cuanto el estado civil es un atributo de la personalidad jurídica³⁴. Sobre este derecho la Corte ha indicado lo siguiente:

*no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (CP art. 14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica”³⁵.
(subraya fuera de texto).*

³² Cfr. sentencia T-167 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0096-01 del 28 de noviembre de 2001, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

³⁴ Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “la personalidad tiene unos atributos, que implican derechos y obligaciones. Esos atributos son inseparables del ser humano, pues no se concibe, en el presente estado de la evolución jurídica, un ser humano carente de personalidad jurídica. Tales atributos son: a) La capacidad de goce; b) El patrimonio; c) El nombre; d) La nacionalidad; e) El domicilio; y, f) El estado civil, que corresponde solo a las personas naturales. De lo anterior cabe deducir que cuando la Constitución reconoce a toda persona [...] el derecho a la personalidad jurídica, le está reconociendo esos atributos cuya suma es igual a tal personalidad”. (Sentencia C-004 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía. subraya fuera de texto).

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-109 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En el caso del estado civil³⁶, el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica se manifiesta en la libertad que tienen las personas de escoger dicho estado. En este sentido, el matrimonio no solo modifica el estado civil, sino que comprueba la facultad de disposición de los particulares en decidir sobre el mismo. La Corte Constitucional ha manifestado al respecto que *“la decisión de optar entre el estado civil de casado, separado o divorciado, así como la relativa a la escogencia entre la opción matrimonial y la unión permanente, corresponde única y exclusivamente a la pareja, tal como resulta del artículo 42 de la Carta Política. Ni el Estado ni los particulares pueden interferir en las determinaciones que las personas adopten en esa materia, según sus propias necesidades y conveniencias”*³⁷. Así pues, si una pareja desea celebrar un matrimonio, no solo ejerce la autonomía de la voluntad para contraer las obligaciones inherentes a este contrato, sino que también ejerce su derecho a la personalidad jurídica entendido como la facultad de escoger libremente el estado civil. En este sentido, impedir que las personas homosexuales opten por el estado civil de casadas vulnera su derecho a la personalidad jurídica.

La última diferencia radica en aspectos puntuales de los efectos de cada unión frente a disposiciones jurídicas que regulan materias diversas. Aunque la Corte Constitucional en varios fallos ha extendido a la unión marital de hecho algunos aspectos que originalmente operaban exclusivamente para el matrimonio, tales como la obligación de prestar alimentos, el delito de inasistencia alimentaria o la afiliación a la seguridad social desde el mismo inicio de la unión, hay otros en los que la Corte se ha negado a efectuar tal extensión bajo la premisa de que *“no es contrario al principio de igualdad que el legislador adopte distintas medidas regulatorias para el matrimonio y para la unión marital de hecho, siempre que estas tengan un carácter objetivo y razonable y no resulten discriminatorias”*³⁸. Así, en la sentencia C-029 de 2009 la Corte declaró la exequibilidad de una norma que imponía el término de dos años de convivencia para que los compañeros permanentes pudieran acceder a la figura de la afectación a vivienda familiar regulada en la Ley 258 de 1996. Como sustento de su decisión indicó que:

*quien decide acudir a la institución del matrimonio establece un vínculo jurídico que se materializa desde el momento mismo en el que se realiza el matrimonio y del cual se derivan una serie de compromisos y obligaciones. En ausencia de ese compromiso formal, la exigencia de un periodo de dos años para que se haga efectiva la protección prevista en la norma, constituye una medida razonable que busca armonizar la seguridad jurídica frente a necesidad de proteger el patrimonio o la vivienda de las familias o de las parejas*³⁹.

Con base en un fundamento similar, en la misma sentencia la Corte declaró la exequibilidad

³⁶ El artículo 1º del Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, reza: *“El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible y la asignación corresponde a la ley”* (subrayado fuera de texto).

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-543 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-821 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de la norma que dispone la sujeción al término de dos años de convivencia para que haya lugar al delito de inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes. Estos dos casos ilustran que el contrato de matrimonio dota a los contrayentes de ciertas prerrogativas de las que no son titulares los compañeros permanentes. Así, mientras los esposos pueden acceder a la afectación de la vivienda familiar una vez celebrado el contrato de matrimonio, los compañeros permanentes tienen que esperar que transcurra el término de dos años. En igual sentido, el incumplimiento de la obligación alimentaria solo puede dar lugar al delito de inasistencia alimentaria después de que hayan transcurrido dos años de unión en el caso de los compañeros permanentes, mientras que en el caso de los esposos la configuración del delito no está sujeta al transcurso de ningún lapso. Ahora bien, aunque tales distinciones resultan justificables en el caso de los compañeros permanentes heterosexuales en la medida en que ellos, pudiendo casarse, han optado por la constitución de un unión marital de hecho, en el caso de las parejas homosexuales implica un déficit de protección en la medida en que la unión marital de hecho no es para ellos una opción, sino que es la única alternativa ofrecida actualmente por el orden jurídico para dar un cierto grado de formalización a las uniones que tienen vocación de permanencia.

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

Ese déficit de protección comporta una violación al derecho a la igualdad (artículo 13 C.P) de las personas homosexuales en cuanto, pese a tener necesidades análogas de protección a las de las personas heterosexuales en el ámbito de las relaciones de pareja, las priva de la posibilidad de obtener los beneficios que proporciona exclusivamente el contrato de matrimonio. Al respecto cabe destacar que si bien el legislador goza de un margen de libertad en la determinación del tipo o grado de protección que requieren grupos de personas que se encuentran en situaciones asimilables, el juez constitucional es competente para determinar *“(i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo*

obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido⁴⁰ (subraya fuera de texto). Es claro que en este caso el déficit de protección obedece a una discriminación fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida es que es precisamente en el carácter homosexual de la pareja que se funda la imposibilidad de celebrar el contrato de matrimonio.

Este déficit genera también una vulneración del derecho a la personalidad jurídica (art. 14 C.P), tal como lo mostramos en los párrafos anteriores, y de los derechos a la dignidad (art. 1º C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de las personas homosexuales. A la vulneración de estos dos derechos nos referiremos en los dos siguientes apartados.

De conformidad con lo anterior, es claro que los perjuicios que genera el trato diferenciado en materia de afectación de derechos son mucho mayores que los beneficios que el mismo reporta en relación con el fin constitucional invocado como fundamento de tal trato distintivo y que, en consecuencia, la restricción derivada del artículo 113 del C.C no resiste satisfactoriamente la aplicación del test estricto de proporcionalidad.

6. La exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio vulnera el derecho a la dignidad humana, por incumplimiento del deber constitucional de protección.

Las expresiones demandadas vulneran la dignidad humana de las personas que conforman parejas del mismo sexo, en la medida en que, al excluirlas de la posibilidad de contraer matrimonio -y de sus beneficios sociales y jurídicos- se *“perpetúa la visión de que las relaciones entre personas del mismo sexo son menos dignas de reconocimiento que las relaciones entre personas de distinto sexo”*⁴¹. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que *“la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes”*⁴², entre otras razones porque limita la posibilidad de gays, lesbianas y transexuales de diseñar un plan vital y de vivir de acuerdo con sus preferencias. Así, para la Corte, la ausencia de un mínimo de protección de las parejas homosexuales comporta una vulneración del derecho a una vida digna. En palabras del tribunal constitucional:

“la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede da lugar, a un déficit de protección contrario la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴¹ Máximo tribunal de apelaciones de la provincia de Ontario en Canadá, *Halpern v. Canada*.

⁴² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-075 de 2007.

derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad."⁴³

En este caso se reúnen las condiciones para afirmar que la exclusión de las parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio da lugar a un déficit de protección contrario a la Constitución, vulnerando así su derecho a la dignidad humana. Para demostrarlo, a continuación indicamos cómo se ha entendido este derecho en la jurisprudencia constitucional, para en seguida mostrar cómo la exclusión señalada afecta cada una de las tres dimensiones del derecho, en especial la primera y tercera.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la protección de la dignidad humana comporta tres dimensiones. La primera es la autonomía o la posibilidad de diseñar un plan de vida y determinarse según sus características (vivir como quiera); la segunda es contar con ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien); y la tercera es la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)⁴⁴.

En primer lugar, la restricción del matrimonio vulnera el derecho de las personas del mismo sexo que conforman una pareja a vivir como quieran. La primera dimensión del derecho a la dignidad humana se refiere a la elección de un proyecto de vida que resulta ser *"fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino cuando dicha elección no repercuta de manera directa en la órbita de los derechos ajenos"*.⁴⁵ Dentro de esta libre elección se encuentra inmerso el goce de la sexualidad, el cual usualmente se manifiesta y realiza a través de la vida en pareja, sin importar que esta sea heterosexual u homosexual.

Cuando el Estado protege una opción en particular, no está necesariamente irrespetando los demás proyectos de vida, siempre y cuando dicha protección no vaya en detrimento de la libertad que tienen todos los seres humanos de optar por un proyecto de vida distinto de aquel comúnmente aceptado por la comunidad. Esta dimensión de la dignidad humana *"implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo."*⁴⁶

La verdadera autodeterminación vital de las personas exige de un Estado Social de Derecho más que una actitud neutral frente a la opción de vida de sus ciudadanos. Implica también una acción afirmativa encaminada a garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida en la esfera de lo público, es decir, frente al orden jurídico y la sociedad.

⁴³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-029 de 2009, MP: Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

La interpretación del artículo 42 de la Carta según la cual esta solo protege a las familias heterosexuales vulnera la dignidad humana de los homosexuales en la medida en que establece una distinción entre la opción heterosexual y homosexual que reduce para aquellos la posibilidad de vivir plenamente como quieren. No se puede hablar de vida digna cuando el ordenamiento jurídico reconoce y protege las familias conformadas por heterosexuales y al mismo tiempo desconoce y excluye a las parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio. El Estado, según lo ha dicho la Corte⁴⁷, no puede hacer consideraciones de orden político o histórico para preferir a ciertas personas por encima de otras. Así, al declarar la constitucionalidad de la norma se estaría prefiriendo a las parejas heterosexuales como único proyecto de vida en comunidad jurídicamente válido y visible.

En segundo lugar, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio puede vulnerar su posibilidad de vivir bien. En efecto, dicha exclusión las somete a una eventual desprotección jurídica y económica, en particular cuando, a pesar de haber tomado la decisión libre de convivir en pareja y socorrerse mutuamente, no reúnen aún los requisitos para que se declare la unión marital de hecho. Por ejemplo, en casos en los que uno de los miembros de la pareja muera antes de llegar a los dos años de convivencia, el otro miembro quedaría al menos en principio totalmente desprotegido. En casos como estos, los miembros de parejas del mismo sexo están condenados, en virtud de la legislación interna, a permanecer en una situación de desprotección que se traduce en riesgos concretos para su salud y subsistencia en caso de no poder trabajar, a pesar de tener la voluntad libre y consistente de convivir en pareja y constituir una comunidad de vida con plenos derechos. Esto constituye una vulneración del derecho a la dignidad humana en su dimensión de vivir bien.

La tercera dimensión de la dignidad humana, que consiste en vivir sin humillaciones, también resulta menoscabada. La negación a las personas homosexuales del derecho a contraer matrimonio fortalece los estereotipos que ven la homosexualidad como un modo de vida de menor valor que no merece la pena de ser vivido. La privación de derechos civiles con base en el criterio de la orientación sexual estratifica la ciudadanía: los homosexuales terminan siendo ciudadanos de segunda categoría que representan un modo de vida que a lo suma se tolera, pero que no llega a ser reconocido como digno de respeto y protección.

Además, la negación del derecho a contraer matrimonio equivale a negar el reconocimiento público de una de las relaciones de más vital importancia para un ser humano, a impedir que dicha relación sea considerada relevante y tenga efectos en el mundo social, y a condenar a sus miembros a vivir en la sombra. La ausencia de reconocimiento constituye una evidente negación o distorsión de la identidad propia y, por ende, una clara violación del derecho a vivir sin humillaciones. En la medida en que no se reconoce jurídicamente la posibilidad de que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, se está limitando la posibilidad que tienen estas de proyectarse socialmente y, por ende, están siendo sometidas a vivir con humillaciones.

⁴⁷Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 1998, MP: Antonio Barrera Carbonell.

En conclusión, las normas demandadas vulneran la dignidad humana de los homosexuales, en la medida en que establecen una distinción injustificada entre la opción heterosexual y homosexual, reduciendo con ello la posibilidad de vivir plenamente su opción de buen vivir. No se puede hablar de vida digna cuando el ordenamiento jurídico reconoce y protege en cierta medida a las parejas conformadas por homosexuales, pero las excluye de la posibilidad de contraer matrimonio. El Estado, según lo ha dicho la Corte,⁴⁸ no puede hacer consideraciones de orden político o histórico para preferir a ciertas personas por encima de otras. Las normas demandadas lo hacen, al señalar a las parejas heterosexuales como único proyecto de vida en comunidad digno de ser protegido por el Estado. Por ello, son inconstitucionales, pues vulneran el artículo 1º de la Constitución Política.

7. La exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio vulnera el derecho a la autonomía e impone un modelo de “perfeccionismo” o “moralismo jurídico” de la [hetero]sexualidad

El presente cargo está encaminado a cuestionar las razones por las cuales se justifica la limitación a la autonomía de las personas homosexuales (Art. 16 de la Constitución) en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio. El matrimonio, independientemente de la perspectiva con que sea analizado, ya fuere como un derecho (para conformar una forma de familia) o como un contrato, tiene como requisito esencial para su realización la decisión libre y voluntaria de los contrayentes.

En relación con las parejas del mismo sexo, varias podrían ser las eventuales objeciones para que esta expresión de la voluntad tuviera validez, entre ellas, *i)* la capacidad o la madurez de los individuos, *ii)* la afectación a terceros y *iii)* la limitación por parte de la ley. En este sentido, la argumentación se desarrollará en el mismo orden para demostrar cómo la negación del matrimonio a las parejas del mismo sexo se fundamenta en una injustificada restricción de la autonomía que afecta desproporcionadamente a las personas homosexuales y no protege de ninguna forma los derechos de terceros.

i) La Corte Constitucional, en la sentencia que estudió la constitucionalidad de la norma que establecía la diferencia de edad mínima para contraer matrimonio entre hombres y mujeres, expresó que *“un contrato de esta naturaleza, es tema que involucra los derechos humanos a la libertad, a la dignidad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica (...) por ello debe garantizarse que ningún hecho, ningún acto distinto de la libre expresión del consentimiento, pueda llegar a producir un vínculo matrimonial.”*⁴⁹ Con lo cual resaltó la importancia de la autonomía en la decisión de los contrayentes y la relevancia de garantizar la no coacción en la adopción de la misma.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Sin embargo, en esta misma sentencia, la Corte estableció como límite a la autonomía la capacidad en la toma de las decisiones. La Corte Constitucional ha reiterado que el consentimiento en el matrimonio guarda una estrecha relación con la capacidad y madurez del sujeto⁵⁰. En este sentido, un límite que se puede imponer a la decisión autónoma de un individuo en relación con el matrimonio, es que esta sea tomada en pleno uso de las facultades mentales y a una edad en la que la expresión del consentimiento tenga validez.

Partiendo del hecho de que los contrayentes del matrimonio están en pleno goce de sus facultades y cuentan con la edad legal para realizarlo, no podría alegarse incapacidad o inmadurez en la manifestación de su voluntad solo porque la persona tiene una orientación sexual homosexual. Al restringirse la autonomía de la voluntad de las personas homosexuales, negándoles la posibilidad de contraer matrimonio, se termina equiparándolas con las personas incapaces e inmaduras a quienes también se les niega tal posibilidad. Con tal equiparación, se fortalece aquel prejuicio social según el cual la atracción sexual y afectiva hacia personas del mismo sexo es una enfermedad mental (incapacidad) o una confusión del sujeto con respecto a su sexualidad (inmadurez).

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencias relacionadas con la capacidad de las personas homosexuales para asumir trabajos que comportan un alto nivel de responsabilidad individual ante la sociedad en general, analizó los dos supuestos de falta de madurez y enfermedad de las personas homosexuales en el ejercicio del trabajo al interior de la fuerza pública⁵¹ y como maestros⁵². En dichas sentencias, la Corte consideró que *"la preferencia sexual no solo es un asunto íntimo que solo concierne a la persona sino que, además, no se encuentra casi nunca relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función"*⁵³, de tal modo que las decisiones de vida de un individuo sobre su sexualidad no pueden constituir *per se* una deslegitimación de su capacidad.

ii) La Corte ha reiterado que de conformidad con el artículo 16 constitucional *"corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional"*⁵⁴. Entre los dos límites impuestos al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, a saber, los derechos de terceros y el orden constitucional, existe una estrecha relación, en la medida en que el ordenamiento constitucional existe precisamente con el fin de proteger y garantizar los derechos de todos los individuos. Ahora bien, antes de entrar a analizar tales límites en el tema concreto, debe tenerse

⁵⁰ Para la Corte, *"La expresión del consentimiento no es un mero acto ritual; las formalidades no son la esencia del matrimonio. Por esto, las exigencias relativas a la capacidad y madurez de los contrayentes que postulan las diversas legislaciones, les garantizan dar un consentimiento libre e incondicionado, y los protege del error en el que puedan incurrir."* *Ibíd.*

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

presente que al momento de justificar restricciones al derecho a la autonomía de la voluntad se debe evitar caer en el “perfeccionismo” o “moralismo jurídico”.

Al respecto, la Corte ha señalado que el “*perfeccionismo*” o “*moralismo jurídico*”, *considera que es deber del ordenamiento jurídico utilizar instrumentos coactivos para imponer a las personas determinados modelos de virtud o de excelencia humana*”⁵⁵, de tal forma que el ordenamiento legal termina por imponer una determinada concepción de lo que debe ser el desarrollo del individuo, situación que entra en franca oposición con el pluralismo reconocido en la Carta Constitucional. En relación con la restricción⁵⁶ a la autonomía que se ha impuesto a las personas de orientación sexual homosexual en el matrimonio, debe analizarse si nos encontramos ante una situación en la que el Estado ha impuesto este límite a la manifestación de la voluntad con el fin de proteger a terceros, o más bien con el fin de imponer su particular visión del ideal de vida correcto, que sería en este caso el modelo heterosexual.

Con este fin, y frente al mayor peso relativo que pueden tener los derechos de los demás en una determinada circunstancia que afecte la autonomía de los individuos, la Corte ha establecido el uso del juicio de proporcionalidad⁵⁷ que busca analizar estas situaciones particulares y que, dadas sus características, guarda semejanzas con el test de igualdad. Debido a que en un acápite previo se aplicó el test de igualdad y se valoró la proporcionalidad de la medida restrictiva del matrimonio para las parejas del mismo sexo, a continuación se desarrollará en forma breve el juicio de proporcionalidad.

En primer lugar, debe el juez determinar si la restricción a los derechos constitucionales obedece a un fin constitucionalmente legítimo. En el presente caso, lo que buscaría proteger la medida que restringe la validez de la manifestación de la autonomía de las personas homosexuales en la realización del matrimonio y la conformación de una familia, no es otra que la protección del matrimonio heterosexual. Sin embargo, de la Carta Constitucional no puede inferirse que un fin válido del Estado sea el imponer la heterosexualidad sobre la sexualidad diversa. Por el contrario, la Corte Constitucional ha establecido no solamente el respeto de los individuos por su orientación sexual, sino que adicionalmente, el Estado debe proporcionar las garantías suficientes para su pleno ejercicio⁵⁸.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁶ A pesar de que la Corte en la sentencia C-309 de 1997 habla de la coacción del Estado para imponer un determinado modelo de vida, se hace uso del término restricción para poder mostrar que el perfeccionismo no solo se da a partir de normas coactivas sino que *“el Estado puede hacer valer también a través de sanciones o cualesquiera otras técnicas de motivación, pautas relativas a la moral personal”*. Vilajosana Josep M. Moralización del Derecho, Perfeccionismo y Sociedad Liberal en Revista Telemática de Filosofía del Derecho. Nro. 11 2007/2008, pp 145-179. Disponible en www.rftd.es

⁵⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-422/92, C-530/93, T-230/94, T-288/95, C-022/96 y C-280/96.

⁵⁸ “[...] los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio” Ver sentencia C-336 de 2008.

El segundo aspecto que debe considerar la Corte frente a la restricción a la autonomía es el de su necesidad para alcanzar el fin perseguido. Como ya se indicó al aplicar el test de igualdad, la extensión a las parejas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio no implica una desprotección del matrimonio heterosexual, ni de los derechos de las parejas heterosexuales y, en tal sentido, la restricción a la autonomía es innecesaria.

En tercer lugar, en relación con la proporcionalidad de la medida, se busca que esta no sacrifique valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer. La medida que desconoce la manifestación de la autonomía del individuo cuya orientación sexual es homosexual resulta excesiva, cuando se tiene en cuenta que sin desconocer la manifestación de la autonomía de estas personas, se puede lograr el mismo fin de proteger la familia y el matrimonio heterosexual. Igualmente, se trata de una limitación desproporcionada al derecho al libre desarrollo de la personalidad en la medida en que se vulneran otros derechos fundamentales de las personas homosexuales, concretamente el derecho a la igualdad, a la dignidad humana y a la personalidad jurídica, tal como se demostró con suficiencia en los cargos precedentes. Es desproporcionada además porque se desconoce el pluralismo que la Carta ordena proteger (art. 7° CP). En efecto, y tal y como la Corte ha señalado con claridad, algunas manifestaciones de diversidad se encuentran amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo por lo cual son "*insuprimibles por la voluntad democrática*". Una de tales manifestaciones es sin lugar a dudas la opción por una preferencia sexual, que al ser una decisión soberana del individuo, "*no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social*".⁵⁹

No resulta pues justificable una medida innecesaria que afecta la autonomía tan desproporcionadamente cuando existen mecanismos alternativos para proteger los derechos de las personas heterosexuales sin afectar los derechos de terceros. De tal forma, dicha medida solo encontraría justificación en un modelo de "perfeccionismo" o "moralismo jurídico" que desea imponer la heterosexualidad, modelo este que resulta ajeno a la Constitución de 1991

iii) Además de la no afectación a terceros, como ya se ha mencionado, el Estado ha impuesto como límite a la autonomía, el ordenamiento legal. Al respecto, la Corte ha destacado que el derecho a la autonomía "*tiene una gran fuerza expansiva, ya que opera en todos los campos, pero al mismo tiempo parece estar sujeto a cualquier tipo de restricción, pues basta que ella se encuentre prevista en el orden jurídico.*"⁶⁰

En este mismo sentido, la Corte ha planteado que "*simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (CP art. 15), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho*"⁶¹, de lo que se desprende que las restricciones por parte de las autoridades deben no solo contar con una fundamentación

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

constitucional, sino que adicionalmente no pueden anular el modelo de realización personal de los individuos⁶².

El pluralismo y el ejercicio de la autonomía de los individuos tiene entonces un profundo nexo que no puede obviarse por el hecho de que existan limitaciones por parte del legislador. El respeto a los principios constitucionales debe prevalecer cuando no existe afectación a terceros en el ejercicio de la autonomía y adicionalmente, las normas resultan restrictivas injustificadamente ante el ordenamiento constitucional: *"una política de protección invade el contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad cuando se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital"*⁶³

Desde luego, para las personas homosexuales, no solamente su orientación sexual es fundamental para su proyecto de vida, sino que también el formar una familia hace parte del proyecto de vida de muchas personas que ostentan dicha orientación. Por tal razón, no puede avalarse el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad por una parte, y por otra restringirse este mismo derecho en lo atinente a la conformación de la familia o la conformación de un vínculo matrimonial. Al respecto la Corte ha indicado que:

*"La libertad de fundar una familia tiene dimensiones positivas y negativas. Contempla la libertad de constituir la por cualquiera de las formas que sean reconocidas constitucional y legalmente, así como el derecho a vivir con los demás miembros de la familia y la libertad de reproducirse o no hacerlo. Esta libertad también contempla el derecho a que no se interfiera el goce efectivo de su libertad cuando desee ejercerla"*⁶⁴ (subrayas fuera del original).

En conclusión, no existe un criterio razonable de ponderación, afectación a derechos de terceros o principios constitucionales que sustenten la restricción de la autonomía de la voluntad de las personas homosexuales para contraer matrimonio. El Estado no puede arrogarse la capacidad de restringir la realización de proyectos de vida asociados con el derecho a celebrar un determinado tipo de contrato y constituir una familia, basado únicamente en el criterio de la orientación sexual de los individuos.

VI. DECISIONES JUDICIALES EN EL DERECHO COMPARADO QUE RECONOCEN EL MATRIMONIO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

En esta sección presentaremos brevemente las decisiones judiciales que en el derecho comparado se han producido en torno al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Esta reseña se presenta con la finalidad de brindar a la Corte detalles sobre los debates constitucionales que se han desarrollado en otras jurisdicciones, así como brindar mayores

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

elementos de juicio en el estudio de los cargos planteados. Como argumentamos al final de esta sección, no pretendemos que se apliquen estas decisiones con un valor vinculante; solamente las proponemos como una fuente de ilustración sobre el problema abordado. Las decisiones que se reseñan proceden de los Tribunales Superiores de Ontario y British Columbia de Canadá, las Cortes Supremas de los Estados de Massachusetts, California, Iowa y Connecticut en los Estados Unidos, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la Nación de México⁶⁵. Seguidamente haremos una breve mención de los casos en que la Corte Constitucional ha usado el derecho comparado, incluso para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo.

1. Decisión del Tribunal Superior de Ontario

El primer tribunal supremo en ordenar la inmediata concesión de licencias de matrimonio en favor de parejas del mismo sexo fue la Suprema Corte de Ontario [máximo tribunal de apelaciones de la provincia de Ontario en Canadá] en *Halpern v. Canada* (Procurador General; 10 de junio de 2003).⁶⁶ La Suprema Corte observó que la legislación que coloca en pie de igualdad los derechos y las obligaciones de parejas no casadas del mismo sexo y de distinto sexo y que asimismo las coloca muy cerca de las parejas casadas heterosexuales no es suficiente:

"104. ... En varios casos, los beneficios y las obligaciones no surten efectos hasta que la pareja del mismo sexo ha estado cohabitando por un determinado periodo de tiempo. ... [L]as parejas casadas tienen acceso instantáneo a todos los beneficios y las obligaciones. 105. ... [N]o todos los beneficios y las obligaciones han sido extendidos a las parejas en situación de cohabitación [por ejemplo, división de los bienes de la pareja]. ... 106. ... [Artículo] 15(1) [de la Carta Canadiense] va más allá de la simple garantía de igual acceso a los beneficios económicos. Se debe considerar también si las personas ... han sido excluidas de instituciones sociales fundamentales. ... 107. ... [L]as parejas del mismo sexo se encuentran excluidas de una institución social fundamental: el matrimonio. No se puede pasar por alto la significación social del matrimonio y sus beneficios [no económicos] ... disponibles solamente para las personas casadas. ... La exclusión perpetua la visión de que las relaciones entre personas del mismo sexo son menos dignas de reconocimiento que las relaciones entre personas de distinto sexo ... [y] ofende la dignidad de las personas que mantienen una relación con personas del mismo sexo."

⁶⁵ Este apartado del derecho comparado se realizó teniendo como referencia la "intervención *Amicus Curiae* sobre el derecho internacional y comparado relacionado con el matrimonio entre parejas del mismo sexo dirigido a la honorable Corte Constitucional de Colombia" presentado por 28 profesores de derecho de 22 países en los expedientes Expedientes D-7882 y D-7909 (acumulados), que culminaron con la sentencia inhibitoria C- xxx de 2010, MP Mauricio González Cuervo. Los demandantes agradecemos a los profesores, y en especial al profesor Robert Wintemute de la School of Law, King's College London, por la autorización para usar apartes textuales del documento.

⁶⁶ Ver <http://www.ontariocourts.on.ca/decisions/2003/june/halpernC39172.htm> (3-0).

La Suprema Corte de Ontario rechazó la justificación de que el matrimonio existe para promover la procreación (sin la asistencia de terceros)⁶⁷:

"121. No vemos de qué manera la promoción de la procreación y la crianza de los hijos [justifica] mantener al matrimonio como una institución exclusivamente heterosexual. Las parejas heterosexuales casadas no dejarán de tener hijos porque se les permita casarse a las parejas del mismo sexo. ...130. ... La ley es sobreincluyente y sobreexcluyente a la vez. ... [M]uchas parejas de distinto sexo que se casan no pueden tener hijos o deciden no hacerlo. A la vez, la ley es sobreexcluyente en el sentido de que excluye a las parejas del mismo sexo que tienen y crían hijos."

La Suprema Corte rechazó también por especulativa cualquier amenaza a la institución del matrimonio:

"129. ... No se discute que el matrimonio ha sido una institución social estabilizante y efectiva. Los [peticionantes] no piden la abolición de la institución, sino acceso a ella. ... 134. ... [L]as parejas del mismo sexo y sus hijos deberían poder beneficiarse de la misma institución estabilizante que las parejas de distinto sexo."

En consecuencia, la Suprema Corte de Ontario dictó la siguiente disposición histórica el 10 de junio de 2003:

"156. ... [E]ste Tribunal decide: (1) declarar nula la definición actual de matrimonio del derecho común en cuanto se refiere a 'un hombre y una mujer'; (2) reformular la definición de matrimonio legal como 'la unión voluntaria de por vida de dos personas con la exclusión del resto de las personas'; (3) ordenar la declaración de nulidad en (1) y que la definición reformulada en (2) tenga efecto inmediato; (4) ordenar que la ciudad de Toronto otorgue licencias de matrimonio a los [peticionantes] ..."

2. Decisión de la Suprema Corte de British Columbia

Luego de declarar la discriminación por orientación sexual inconstitucional en *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (1 de mayo de 2003),⁶⁸ la Suprema Corte de British Columbia en Canadá [máximo tribunal de apelaciones de la provincia de British Columbia] concluyó que el único recurso adecuado consiste en permitir el matrimonio a las parejas del mismo sexo (a partir del 12 de julio de 2004, a fin de conceder el tiempo necesario para cualquier tipo de reforma legislativa):

"156. ... [E]ste es el único camino hacia la verdadera igualdad para las parejas del mismo sexo. Cualquier otra forma de reconocimiento de las relaciones entre personas del mismo sexo, incluida la institución paralela de [sociedad civil registrada], no ofrece una igualdad genuina. No debería solicitársele a este tribunal que conceda un

⁶⁷ Ver también Corte Europea de Derechos Humanos, *Christine Goodwin v. United Kingdom*, 11 de julio de 2002. Es una causa sobre una mujer transexual infértil: 98. ... [L]a imposibilidad de una pareja para concebir o criar un/a hijo/a como una condición de que por sí los priva de su derecho a [casarse]."

⁶⁸ Ver <http://www.courts.gov.bc.ca/Jdb-txt/CA/03/02/2003BCCA0251.htm> (3-0).

remedio que torna a las parejas del mismo sexo en 'casi iguales', o que le delegue al gobierno la elección entre soluciones que acarrearán desigualdades."

El 8 de Julio de 2003, la Suprema Corte levantó la suspensión de su recurso y le permitió a las parejas del mismo sexo casarse a partir de ese día en British Columbia como consecuencia de que el fallo del 10 de junio de 2003 de la Suprema Corte de Ontario no fue apelado por el gobierno de Canadá y ese día se cumplió el término procesal para interponer el recurso de apelación.⁶⁹ Las sentencias de las Supremas Cortes de Ontario y British Columbia más tarde fueron extendidas a las diez provincias y a los tres territorios de Canadá por legislación federal.⁷⁰

3. Decisión de la Suprema Corte de Massachusetts

La Suprema Corte de Massachusetts en los EE.UU., en un fallo del 18 de noviembre de 2003 en *Goodridge v. Department of Public Health*, llegó a la conclusión de que la Constitución de Massachusetts requiere igual acceso al matrimonio civil para las parejas del mismo sexo⁷¹ y, en una acordada del 3 de febrero de 2004, de que las "uniones civiles" no son un sustituto adecuado.⁷² En el fallo la Suprema Corte de Massachusetts concluyó que:

"[U]na persona que establece una relación íntima y exclusiva con otra persona del mismo sexo se encuentra arbitrariamente privada de formar parte de una de las instituciones más gratificantes y apreciadas de nuestra sociedad. ... Sin ... el derecho a elegir casarse —la persona se encuentra excluida de una amplia gama de experiencias humanas y su 'juramento de comprometerse a una relación humana íntima y duradera' privado de la protección plena de las leyes. Por décadas, es más por siglos, en gran parte de este país (incluido Massachusetts) no era posible celebrar un matrimonio legítimo entre estadounidenses blancos y negros. ... En este caso, como en Perez [Suprema Corte de California, 1948] y en Loving [Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 1967], una ley priva a las personas del acceso a... la institución del matrimonio —debido a un único rasgo: el color de la piel en Perez y Loving, la orientación sexual en este caso. ... La fertilidad no es una condición para el matrimonio ni tampoco es causal de divorcio. ... Las personas que no pueden moverse de sus lechos de muerte pueden casarse. ... [S]e trata del compromiso exclusivo y permanente entre los cónyuges, que es la condición sine qua non del matrimonio civil, y no [el hecho de tener] hijos ... [L]a restricción al matrimonio ... confiere un sello oficial de aprobación al estereotipo destructivo de que las relaciones entre personas del mismo sexo son intrínsecamente inestables e inferiores a las relaciones entre personas de distinto sexo y que no son dignas de respeto. ... [el que se encuentra] anquilosado en prejuicios persistentes contra las personas [homosexuales] ... Interpretamos que el matrimonio civil significa la unión voluntaria de dos personas como cónyuges, con exclusión del resto de las personas. ... Declaramos que privar a una persona de las protecciones, los beneficios y las

⁶⁹ Robert Wintemute, "Sexual Orientation and the Charter", (2004) 49 *McGill Law Journal* 1143, <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/4winte.pdf>.

⁷⁰ Ley de Matrimonio Civil (*Civil Marriage Act*), las Leyes de Canadá de 2005, capítulo 33.

⁷¹ 798 N.E.2d 941, http://www.glad.org/uploads/docs/cases/goodridge_decision.pdf (4-3).

⁷² *In re the Opinions of the Justices to the Senate*, 802 N.E.2d 565 (4-3), <http://www.glad.org/uploads/docs/cases/2004-04-04-goodridge-sic-advisory-opinion.pdf> (4-3).

obligaciones del matrimonio civil solamente en razón de que esa persona se casaría con otra persona del mismo sexo viola la Constitución de Massachusetts. ... Se suspende el dictado de la sentencia por 180 días a fin de permitirle a la Legislatura que tome las medidas que considere adecuadas en virtud del presente fallo. ..."

La intención de esta suspensión fue permitir a la Legislatura realizar las modificaciones correspondientes a la legislación (por ejemplo, especificar que dos hermanos o dos hermanas no puedan casarse entre ellos), pero no proponer "uniones civiles" como sustituto del matrimonio civil, tal como se deja en claro en la acordada de la Corte Suprema del 3 de febrero de 2004 dirigida al Senado de Massachusetts:

"... La historia de nuestra nación ha demostrado que la segregación rara vez resulta igualitaria. ... La prohibición absoluta del proyecto de ley del uso de la palabra 'matrimonio' por 'cónyuges' que son del mismo sexo es más que semántica. La disparidad entre los términos 'matrimonio civil' y 'unión civil' ... refleja claramente la intención de asignarles a las parejas ... del mismo sexo un estatus de segunda clase. ... El proyecto tendría el efecto de mantener y promover el estigma de la exclusión que la Constitución [de Massachusetts] prohíbe. ... [E]l proyecto pendiente [sobre uniones civiles] aliviaría algunas de las consecuencias económicas y otro tipo de manifestaciones concretas de la discriminación en discusión en Goodridge. Pero la cuestión ... en Goodridge no fue solamente si era correcto negarles los beneficios tangibles a las parejas del mismo sexo, sino también si era constitucional crear una clase separada de ciudadanos ... y negarles a los integrantes de esa clase el derecho de participar en la institución del matrimonio civil, junto con sus ... beneficios ... tangibles e intangibles ..."

4. Decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica

El cuarto tribunal supremo en emitir una decisión fue el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el caso *Fourie* (1 de diciembre de 2005).⁷³

"71. ... [la exclusión] representa un duro ... postulado del derecho en el sentido de que las parejas del mismo sexo son extrañas y de que su necesidad de afirmar y proteger sus relaciones íntimas como seres humanos es, en cierta medida, menor a la de las parejas heterosexuales. Refuerza la hiriente noción de que deben ser tratados ... como seres humanos fracasados o equivocados en su forma de vida que no tienen cabida en una sociedad normal y ... que no califican para la protección y respeto plenos que nuestra Constitución procura garantizar. Significa que su capacidad de amar, de comprometerse y de aceptar responsabilidades es por definición menos valiosa que la de las parejas heterosexuales."

El Tribunal otorgó un plazo de doce meses al Parlamento sudafricano para proporcionar una solución para la violación constitucional, pero prácticamente no dejó margen para que se propusiera la "unión civil" como sustituto del matrimonio civil:

⁷³ *Minister of Home Affairs v. Fourie y Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*, , Casos CCT 60/04 y CCT 10/05, <http://www.constitutionalcourt.org.za> (9-0).

"81. ... Las uniones del mismo sexo continúan ... siendo tratadas con el mismo nivel de rechazo que el Estado reservaba hace 20 años para las uniones interraciales ... El impacto negativo no es solo simbólico sino también práctico, y debe tenerse en cuenta ambos aspectos. ... [N]o sería suficiente solucionar solamente las consecuencias prácticas de la exclusión del matrimonio. Además debería otorgársele a las parejas del mismo sexo un estatus público y privado igual al que adquieren las parejas heterosexuales en virtud del matrimonio."

El Parlamento sudafricano llegó correctamente a la conclusión de que debía permitir que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio. Así, se aprobó la Ley de Unión Civil de 2006, que permite a cualquier pareja, de distinto o del mismo sexo, celebrar una "unión civil" y optar por denominarla "matrimonio" o "sociedad civil".

Al otorgarle 12 meses al Parlamento para ofrecer una solución, la mayoría del Tribunal (8 de los 9 jueces) tuvo la intención de permitirle al Parlamento establecer bases más sólidas para la elaboración final de la emancipación legal de las lesbianas y los gays en Sudáfrica. La mayoría del Tribunal no tuvo la intención de permitirle al Parlamento considerar la "unión civil" como sustituto del matrimonio para las parejas del mismo sexo. La decisión clave para el Parlamento era si debía permitir el casamiento para las parejas del mismo sexo a través de una simple modificación de la Ley de Matrimonio ya existente (ver [140]), o a través de una nueva Ley de Matrimonio Reformada, que incluiría una serie de reformas no todas relacionadas con la cuestión de la igualdad para las parejas del mismo sexo (ver [144]):

"[137] El reclamo de las peticionantes ... del derecho a contraer matrimonio debería ... ser considerado como parte de un deseo general de poder vivir abierta y libremente como mujeres lesbianas emancipadas de todos los tabúes legales que históricamente les han impedido disfrutar la vida en la sociedad convencional. El derecho a celebrar su unión ... representa un hito simbólico importantísimo en su largo camino hacia la igualdad y la dignidad. Cuanto mayor y más firme sea el permiso institucional para su unión, con mayor solidez serán rescatadas del olvido legal esta y las demás uniones de este tipo y, en última instancia, más tranquilas y duraderas resultarán las uniones. [147] ... Dada la gran trascendencia pública de la cuestión, la profunda sensibilidad que implica y la importancia de establecer una base firme para el logro de la igualdad en esta área, corresponde otorgar a la legislatura la oportunidad de planear el mejor camino a seguir. El único criterio inquebrantable es que la actual exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de gozar el estatus[,] los derechos [y] las responsabilidades ... reconocidos a las parejas heterosexuales por ... la Ley de Matrimonio es constitucionalmente insostenible. El defecto debe solucionarse ... [150] ... el Parlamento ... [debe] evitar una solución que ... provea protección igualitaria, pero ... de manera que ... [probablemente] reproduzca nuevas formas de marginación. Históricamente, el concepto de "separados pero iguales" sirvió como manto para cubrir la aversión por [,] o el repudio de aquéllos en el poder por [,] el grupo segregado. ... [153] ... [S]ea cual fuere la solución legislativa elegida, esta debe ser generosa y receptiva de las parejas del mismo sexo al igual que de las parejas heterosexuales, ambas en términos de los aspectos intangibles y tangibles involucrados en la cuestión. En un contexto de ... un pasado de profunda discriminación y homofobia permanente, debe mostrarse una adecuada sensibilidad para proporcionar una solución

que sea verdadera y claramente respetuosa de la dignidad de las parejas del mismo sexo....[161] ... [E]s necesario que la [Sentencia] ... deje en claro que si el Parlamento no corrige el defecto dentro de los doce meses, los términos "o cónyuge" automáticamente se incluirán en ... la Ley de Matrimonio. En ese caso, la Ley de Matrimonio se convertirá sin más en el vehículo legal para permitir que las parejas del mismo sexo alcancen el estatus [...] los beneficios [y] las responsabilidades que actualmente la ley otorga a las parejas heterosexuales.

[luego de 162] LA SENTENCIA ...

2. ... b) La definición de matrimonio del derecho común se declara inconsistente con la Constitución y se anula en la medida en que no permite a las parejas del mismo sexo gozar del estatus [...] los beneficios [y] las responsabilidades que la ley reconoce a las parejas heterosexuales.

c) La omisión del artículo 30(1) de la Ley de Matrimonio ... del término [neutro] "o cónyuge" luego de los términos "[Toma Ud. ... a C.D. como su legítima esposa (o esposo)]" se declara inconsistente con la Constitución y se anula la Ley de Matrimonio en lo que respecta a dicha inconsistencia.

d) los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad establecidas en los párrafos (b) y (c) se suspenden por 12 meses desde la fecha del presente fallo para permitir que el Parlamento corrija los defectos.

e) Si el Parlamento no corrigiera los defectos dentro del mencionado período, automáticamente se considerará que el artículo 30(1) de la Ley de Matrimonio ... incluye el término "cónyuge" después de "esposo" ...

5. Decisión de la Suprema Corte de California

El quinto tribunal supremo en emitir una decisión fue la Suprema Corte de California en los EE.UU. [máximo tribunal de apelaciones del estado de California] en *In re Marriage Cases* (15 de mayo de 2008),⁷⁴ casi sesenta años luego del caso *Perez v. Sharp* (1 de octubre de 1948), en el que derogó una ley que prohibía "el matrimonio de una persona blanca con un negro, un mulato, un mongol o un miembro de la raza malasia".⁷⁵ La Suprema Corte consideró que la legislación que excluye a las parejas del mismo sexo del matrimonio civil es: (a) una violación *prima facie* del derecho fundamental a contraer matrimonio, un aspecto del derecho a la privacidad (págs. 49,79) y (b) una violación *prima facie* del derecho a una protección igualitaria basada en su orientación sexual, que constituye una "clasificación sospechosa" (págs. 97-98, 101,106).

Por ambas razones, la Suprema Corte sometió la legislación a un "estricto escrutinio" y resolvió que (págs. 115-121) la exclusión no era "necesaria" para promover un "interés imperioso", aún cuando las parejas del mismo sexo podían adquirir casi todos los derechos y obligaciones derivados del matrimonio en el derecho de California a través de una institución "distinta pero igual" denominada "sociedad doméstica":

⁷⁴ Ver <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/archive/S147999.PDF> (4-3).

⁷⁵ *Perez*, 32 Cal. 2d 711, allanó el camino para *Loving v. Virginia* (12 de junio de 1967), 388 U.S. 1. Ver <http://www.brownat50.org/brownCases/PreBrownCases/PerezvLippoldCal1948.html>.

"... [S]i hemos aprendido algo de la gran evolución en la opinión predominante en la sociedad y en las políticas oficiales hacia los miembros de minorías raciales y hacia las mujeres ..., es que aun la más familiar y socialmente aceptada de las políticas y tradiciones sociales a menudo esconde injusticias y desigualdades que ... no son reconocidas o apreciadas por aquellos que no se ven directamente afectados por tales prácticas o tradiciones [en este caso, los heterosexuales]. ... [L]a [legislación que se cuestiona] claramente no es necesaria para preservar los derechos y beneficios del matrimonio de que gozan en la actualidad las parejas de distinto sexo. ... 'Hay suficientes licencias matrimoniales para todos.' ... [P]ermitir a las parejas del mismo sexo acceder al matrimonio no alterará la naturaleza sustantiva de la institución jurídica ... [ni] afectará ... la libertad religiosa ... y no se exigirá a ningún funcionario del clero que solemnice un matrimonio en contravención a sus creencias religiosas.... [La legislación existente] ... probablemente se considerará como una declaración oficial de que la relación familiar de las parejas del mismo sexo no es ... comparable en dignidad a las relaciones entre parejas de distinto sexo. ... [D]ebido al maltrato histórico sufrido por las personas homosexuales, la insistencia en una distinción en la nomenclatura, reservando el término 'matrimonio' ... muy probablemente ocasionará que la institución paralela ... para parejas del mismo sexo ["sociedad domestica"] sea considerada una marca de ciudadanía de segunda clase.... [D]eterminamos que la [redacción del Código de Familia] que limita ... el matrimonio a la unión 'entre un hombre y una mujer' son inconstitucionales y deben ser eliminadas ..., y que el [resto del texto de la norma] debe interpretarse en el sentido de permitir ... el 'matrimonio' tanto para parejas de distinto sexo como para parejas del mismo sexo."

El fallo de la Suprema Corte de California permitió a las parejas del mismo sexo casarse en el territorio de California desde el 16 de junio de 2008 hasta el 4 de noviembre de 2008, fecha en que el 52% de los votantes de un referéndum votó en favor de una reforma de la Constitución de California (Proposición 8).⁷⁶ La Proposición 8 convirtió la regla que les niega a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio civil, que anteriormente era una norma de rango sub-constitucional (adoptada luego el referéndum sobre la Proposición 22 realizado en el año 2000 y derogada por la Corte en 2008 por inconstitucional), en una norma de rango constitucional que solo puede ser derogada por un segundo referéndum, tal como fue confirmado por la Corte en *Strauss v. Horton* (26 de mayo de 2009), al tiempo que mantienen en vigencia los matrimonios civiles de 18.000 parejas del mismo sexo que se casaron antes del 4 de noviembre de 2008⁷⁷. Es probable que la derogación ocurra dentro de cinco años, ya que el apoyo en favor de la exclusión de parejas del mismo sexo del matrimonio civil cayó de un 61% en el referéndum del año 2000 referido a la Proposición 22, a 52% en el referéndum del año 2008 referido a la Proposición 8⁷⁸. De esta manera, la Proposición 8 puede ser considerada como la suspensión temporaria del efecto del fallo de la Suprema Corte, lo cual solo ilustra la facilidad con que la Constitución de California puede ser reformada. Sin embargo, la vigencia de la Propuesta 8 no está demasiado clara.

⁷⁶ Constitución de California, Título I, Artículo 7.5: "Únicamente el matrimonio entre un hombre y una mujer resulta válido o reconocido en California."

⁷⁷ Ver <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/S168047.PDF> (págs. 12-13, 135) (6-1).

⁷⁸ Ver <http://primary2000.sos.ca.gov/returns/prop/00.htm>;
http://www.sos.ca.gov/elections/sov/2008_general/7_votes_for_against.pdf.

En mayo de 2009, dos parejas homosexuales de California presentaron una demanda ante un tribunal federal de Estados Unidos impugnando la constitucionalidad de la Propuesta 8 en virtud de Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos⁷⁹. El juicio se celebró en enero de 2010 y el 4 de agosto de 2010 el juez Vaughn Walker del Northern District of California, concluyó que la Proposición 8 era inconstitucional: “*Los demandantes han demostrado debido a la evidencia abrumadora que la Proposición 8 viola su debido proceso y la igual protección de derechos y que seguirán sufriendo estas violaciones constitucionales hasta que las autoridades estatales dejen de aplicar la Proposición 8*”.

No obstante, esta decisión está siendo estudiada por el Tribunal de Apelaciones respectivo y podría ser revisado por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

6. Decisión de la Suprema Corte de Connecticut

El sexto tribunal supremo en emitir una decisión fue la Suprema Corte de Connecticut en los EE.UU. en *Kerrigan v. Commissioner of Public Health* (10 de octubre de 2008).⁸⁰ Al igual que en California, en Connecticut las parejas del mismo sexo tenían acceso a todos o a casi todos los derechos y obligaciones derivados del matrimonio a través de una institución “distinta pero igual” en sus efectos denominada “unión civil”. No obstante, la Suprema Corte sostuvo lo siguiente:

"[Pág. 11] En vista del elevado estatus del matrimonio en nuestra sociedad, no es sorprendente que las uniones civiles sean consideradas inferiores ... Aunque ... incluyen los mismo derechos jurídicos..., de ninguna manera son "iguales". ... [El matrimonio] es una institución con un significado histórico, cultural y social de trascendencia, mientras que [las uniones civiles] claramente no lo son. Aun cuando ... [este] tratamiento diferenciado ... pueda caracterizarse como simbólico o intangible ... no es menos real que otras formas más tangibles de discriminación, al menos cuando ... elige un grupo que históricamente ha sido objeto de desdén, intolerancia, burlas o peores cosas. ... [Pág. 64] La tradición por sí sola nunca puede ser causa suficiente para discriminar a una clase protegida, ... [Pág. 66] ... No nos excedemos en nuestras facultades al ordenar un tratamiento igualitario para los gays; en realidad, cualquier otro accionar significaría una renuncia a nuestra responsabilidad. [Pág. 67] ... [N]uestra interpretación clásica del matrimonio debe ceder el paso a una apreciación más contemporánea de los derechos que debe recibir protección constitucional. La interpretación de nuestras normas constitucionales estatales de acuerdo con los principios de protección igualitaria firmemente establecidos inevitablemente lleva a la conclusión de que los gays tienen derecho a casarse con cualquier otra persona capaz del mismo sexo que elija. Cualquier otra decisión requeriría la aplicación de un conjunto de principios constitucionales respecto de los gays y otro conjunto para el resto de las personas. La garantía de igualdad ante la ley y nuestra obligación de sostener ese mandato, nos prohíbe actuar de esa manera. ... [N]o debe negárseles a las

⁷⁹ Véase el asunto *Perry v. Schwarzenegger*, Case No. 09-CV-2292 (VRW) (N. D. Cal.)

⁸⁰ Ver <http://www.jud.state.ct.us/external/supapp/archiveAROSup08.htm> (4-3; publicado el 28 de octubre de 2009).

parejas del mismo sexo, la libertad de casarse. [Pág. 5] Llegamos a la conclusión de que, a la luz de la historia de discriminación perniciosa enfrentada por los gays y las lesbianas, y dado que la institución del matrimonio conlleva un estatus y un significado que la [institución] recientemente creada de la unión civil no tiene, la segregación de parejas heterosexuales y homosexuales en distintas instituciones constituye un daño evidente. Asimismo, concluimos que ... nuestro esquema estadual discrimina sobre la base de la orientación sexual, ... y ... [que] el Estado no ha logrado justificar suficientemente la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio."

7. Decisión del Tribunal Supremo de Iowa

El séptimo tribunal superior en emitir una decisión fue la Suprema Corte de Iowa en los EE.UU. [máximo tribunal de apelaciones del estado de Iowa] en *Varnum v. Brien* (3 de abril de 2009).⁸¹ A diferencia de las decisiones adoptadas por 4 votos contra 3 en los tribunales de Massachusetts, California y Connecticut, la decisión de la Suprema Corte de Iowa fue unánime (7 votos contra 0), como ocurrió en los tribunales de Ontario (3-0), British Columbia (3-0) y Sudáfrica (9-0):

"[Pág. 15] Nuestra responsabilidad ... consiste en proteger los derechos constitucionales de las personas ..., aún en los casos en que los derechos no hayan sido ampliamente aceptados, hayan sido inimaginables en algún momento o bien desafíen una práctica o un derecho profundamente arraigados y considerados impenetrables por el paso del tiempo. [Págs. 30-31] Es verdad que la ley de matrimonio no les prohíbe expresamente a gays y lesbianas contraer matrimonio; sin embargo, exige que si se van a casar, lo hagan con alguien del otro sexo. ... [E]l matrimonio civil con una persona del sexo opuesto es tan desagradable para un gay o una lesbiana como lo es el matrimonio civil con una persona del mismo sexo para un heterosexual. De esta manera, el derecho de una persona gay o lesbiana... de celebrar matrimonio civil solamente con una persona del sexo opuesto no es en realidad ningún tipo de derecho en absoluto ... [L]os gays y las lesbianas no pueden satisfacer sus necesidades profundas de tener una relación personal con compromiso en acuerdo con su orientación sexual, y al mismo tiempo obtener el estado civil y los beneficios otorgados por la ley [de matrimonio] ... Al colocar intencionalmente al matrimonio civil fuera del real alcance de gays y lesbianas, la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo diferencia implícitamente en base a la orientación sexual. [Págs. 64-67] ... [G]ran parte de la sociedad rechaza el matrimonio entre personas del mismo sexo debido a una sincera creencia religiosa. Sin embargo, ... otras personas igualmente sinceras ... tienen sólidas creencias religiosas que llegan a la conclusión opuesta. ... Nuestra constitución no le permite a ninguno de los poderes del Estado que resuelva este tipo de debates religiosos... [N]osotros procedemos en nuestro carácter de jueces civiles, lejos del debate teológico del clérigo, y nos concentramos solamente en el concepto de matrimonio civil ... El gobierno no puede expresar una creencia religiosa, ya sea directa o indirectamente a través de su legislación. ... Esta ... es la esencia de la separación entre la iglesia y el Estado ... [E]l matrimonio civil debe ser juzgado según los estándares constitucionales de la protección igualitaria y no sobre la base de

⁸¹ Ver [http://www.judicial.state.ia.us/wfData/files/Varnum/07-1499\(1\).pdf](http://www.judicial.state.ia.us/wfData/files/Varnum/07-1499(1).pdf) (7-0).

doctrinas religiosas o creencias religiosas de las personas... [N]uestros principios constitucionales ... le exigen al estado el reconocimiento del matrimonio civil tanto homosexual como heterosexual. Las doctrinas y creencias religiosas que sean contrarias a este principio de derecho no se verán afectadas, y las personas podrán continuar asociándose con la religión que mejor refleje sus creencias. Los grupos religiosos podrán continuar definiendo al matrimonio como la unión entre una hombre y una mujer ... La única diferencia radica en [que] ahora el matrimonio civil incorporará un nuevo significado que refleje una visión más completa del concepto de igualdad ante la ley. ..."

Luego de considerar las justificaciones del gobierno, la Corte estableció lo siguiente:

"[Pág. 67] J. Defecto constitucional. Estamos firmemente convencidos de que la exclusión de los gays y las lesbianas de la institución del matrimonio civil no hace sustancialmente a ninguno de los objetivos importantes del gobierno. La legislatura ha privado a una clase de personas históricamente desfavorecidas de una institución civil sumamente importante sin una justificación con suficiente arraigo constitucional. ... Tenemos un deber constitucional de asegurar la protección igualitaria de la ley. La lealtad hacia esa obligación nos obliga a establecer [que] la ley de matrimonio de Iowa ... viola su Constitución. Decidir lo contrario implicaría abandonar nuestra obligación constitucional. Si las personas homosexuales deben someterse a un tratamiento diferente sin una justificación extremadamente convincente, entonces se los estará privando de los beneficios surgidos del principio igualdad ante la ley sobre el que se sustenta todo estado de derecho. ..."

En cuanto a la opción de crear una nueva institución "distinta pero igual" en sus efectos para las parejas del mismo sexo (por ejemplo, la "unión civil" en lugar del matrimonio civil), la Corte estableció lo siguiente:

"[Pág. 68] Una nueva distinción basada en la orientación sexual sería igualmente sospechosa y difícil de justificar frente al principio fundamental de igualdad ante la ley presente en nuestra constitución. Esta prueba [la prueba presentada por las partes], sumada a nuestra investigación independiente y a un análisis adecuado de la protección igualitaria no sugieren la existencia de una justificación para tal clasificación legislativa ... En consecuencia, la redacción del Código de Iowa, en su art. 595.2 que limita el matrimonio civil a un hombre y una mujer, debe ser derogado, y el resto de la redacción se deberá interpretar y aplicar de manera tal que le permita a las personas homosexuales el acceso irrestricto a la institución del matrimonio civil."

8. Corte Suprema de Justicia de México:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estudió la acción de inconstitucionalidad promovida por el Procurador General de la República de México contra la ley del distrito federal que reconoció el derecho al matrimonio entre las parejas del mismo sexo⁸². La

⁸² Acción de inconstitucionalidad 2/2010. *Promoviente: procurador general de la república*. Ministro ponente: Sergio a. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010.

Corte Suprema estimó que la norma no era inconstitucional y que por el contrario garantizaba los derechos establecidos en la Constitución (11 votos contra 0). Incluso abordó el asunto de la adopción por petición del Procurador y concluyó que no existía base racional para impedir la adopción a las parejas del mismo sexo (9 votos contra 2). A continuación citamos *in extenso* algunos apartes de esta histórica sentencia del constitucionalismo latinoamericano:

"256. Por todo lo señalado, esta Suprema Corte estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador, al aprobar la reforma legal impugnada, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario, como tampoco que sea solo el matrimonio entre un hombre y una mujer, el medio para constituir una familia -"ideal", además-

...

266. Así, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas con personas del mismo sexo; relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo.

...

273. Pretender, como hace el Procurador, que dicha desigualdad encuentra razonabilidad en la conservación de la familia, como núcleo de la sociedad, argumentación que considera, entonces, el matrimonio entre personas del mismo sexo como una "amenaza" u "oposición" a dicha estructura, tampoco puede admitirse por este Tribunal Constitucional, en tanto refiere una afectación inexistente, pues, como ya mencionamos, en primer lugar, la transformación y secularización del matrimonio y de la sociedad ha resultado en una gran diversidad de formas de constituir una familia, que no necesariamente surgen del matrimonio entre un hombre y una mujer; en segundo lugar, este último también ha evolucionado de forma tal que se ha desvinculado la unión en sí misma de quienes lo celebran, de la "función" reproductiva del mismo, llegando, incluso, al extremo de que, aun teniendo descendencia, en muchos casos, esta no es producto de la unión sexual de ambos cónyuges, sino de los avances de la medicina reproductiva, o bien, de la adopción, aun cuando no exista impedimento físico alguno para procrear; en tercer lugar, las uniones entre personas heterosexuales no son las únicas capaces de formar una "familia"; por último, no se advierte de qué manera podría limitar o restringir el matrimonio entre personas del mismo sexo, esa función reproductiva "potencial" del matrimonio civil y, de ahí, la formación de una familia y que, se insiste, no es, de ninguna manera, su finalidad, como afirma el accionante.

274. La decisión de procrear no depende de la figura del matrimonio, en tanto cada persona determinará cómo desea hacerlo, como parte de su libre desarrollo de la

personalidad, sea bajo la figura del matrimonio, heterosexual o no, o de otro tipo de uniones, como personas solteras, cualquiera que sea su preferencia sexual.

275. Por el contrario, la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para ampliar la institución del matrimonio y comprender a las parejas del mismo sexo, se corresponde con los postulados fundamentales y les amplía la protección jurídica reforzada de su unión o vínculo, tal como ocurre con las parejas heterosexuales, pues son relaciones que tienen las mismas características (afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera), por lo que, contrario a lo afirmado por el Procurador General de la República, la decisión del legislador democrático para igualar ese derecho civil a las relaciones heterosexuales y homosexuales, si es un medio para alcanzar ese fin, esto es, para igualar las uniones de las personas, sean heterosexuales u homosexuales, al motivarlas las mismas razones para contraer matrimonio, como son, esencialmente, las de unirse legalmente para formar una vida en común y adquirir obligaciones entre sí y derechos derivados de tal vínculo, con el reconocimiento social de esa unión."

Este recorrido sucinto por las decisiones judiciales producidas en otras jurisdicciones brindan elementos importantes para estudiar la inconstitucionalidad de las normas en este caso. Los demandantes no estamos solicitando que se tenga como obligatorio el derecho comparado. Sin embargo, consideramos que el derecho comparado ofrece importantes elementos de juicio para resolver casos constitucionales, es decir, se trata de un criterio auxiliar en la función de la Corte Constitucional.

La Corte ha usado el derecho comparado para ampliar su análisis de constitucionalidad. Sobre este uso como criterio auxiliar la Corte ha planteado:

*"El recurso al derecho comparado es, sin lugar a dudas, valioso en la medida en que facilita la comprensión de determinadas instituciones jurídicas; tanto más en cuanto nos encontramos en un mundo globalizado, en el cual son cada vez más frecuentes las recíprocas influencias entre los diversos ordenamientos jurídicos. Pero no por ello se puede olvidar que se trata tan solo de un criterio auxiliar de interpretación y que lo determinante en materia de hermenéutica constitucional es partir del texto de la Carta Política colombiana y de la realidad que constituye el objeto de regulación"*⁸³.

Esta salvedad es importante debido a que no siempre el derecho comparado es unánime o concluyente en algunas materias, especialmente en temas de tensos debates sociales o en situaciones de discriminación extrema y generalizada. Pero esto no obsta para que la Corte use el derecho comparado, especialmente de cortes que han enfrentado problemas similares. Así por ejemplo, en la sentencia C-575 de 2009 (MP Humberto Sierra Porto) relacionada con el ultraje a símbolos patrios se afirmó: "Estos precedentes en derecho comparado son relevantes para establecer como ciertas conductas que suponen una agresión a los símbolos patrios pueden ser entendidas como manifestaciones de la libertad de expresión". En el mismo sentido se ha referido a los derechos de las personas con discapacidad: "En efecto, como ya lo ha señalado la Corte, en las últimas décadas, el

⁸³ Sentencia C-342 de 2006, MP Humberto Sierra Porto.

*derecho comparado ha ido reconociendo los derechos especiales de las personas física y sensorialmente desaventajadas*⁸⁴.

Han sido múltiples los casos de uso del derecho comparado por parte de la Corte Constitucional. A continuación reseñamos una pequeña muestra: en el caso de la despenalización del aborto en circunstancias extremas⁸⁵, en el estudio de la responsabilidad penal de menores desvinculados de grupos armados ilegales⁸⁶, en la definición de la *exceptio veritatis* en los delitos de injuria y calumnia⁸⁷, en la definición doble instancia en el juzgamiento de los congresistas⁸⁸, en el estudio de licencia de paternidad remunerada⁸⁹, en la presunción legal de donación de órganos⁹⁰, en el silencio en la defensa técnica⁹¹, en el análisis de los talleres de trabajo protegido⁹² y la sentencia C-1158 de 2008 en la cual se usó el derecho comparado para verificar la ausencia de unanimidad de la organización del sistema de seguridad social en salud.

Particularmente en la sentencia C-075 de 2007⁹³, en la cual se reconoció el derecho a la unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo, la Corte usó elementos del derecho comparado e internacional para verificar la creciente protección legal que se ha venido estableciendo para las personas homosexuales y las parejas del mismo sexo. Según la Corte:

"A este respecto puede observarse que la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se desprende de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación. Más allá de esa dimensión normativa, sin embargo, como se expone en la demanda y se ha manifestado en distintas oportunidades por la jurisprudencia constitucional, pronunciamientos de distintas instancias internacionales y Tribunales de diferentes Estados han avanzado en la definición del ámbito de protección de la persona y de la pareja homosexual, y en la identificación de factores que pueden considerarse discriminatorios en función de la orientación sexual de las personas.

Tal como se expresa por uno de los intervinientes en este proceso '[d]urante los últimos diez años, el reconocimiento de la orientación sexual como un razón inadmisibles de discriminación se ha convertido en norma habitual', y 'Tribunales y organismos de derechos humanos de todo el mundo, incluida la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, han sostenido que las disposiciones en materia de igualdad de protección que prohíben la discriminación basada en el sexo prohíben intrínsecamente la discriminación basada en la orientación sexual'."

⁸⁴ Sentencia C-076 de 2006, MP Jaime Córdoba Triviño.

⁸⁵ Sentencia C-335 de 2006, MMPP Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

⁸⁶ Sentencia C-203 de 2005, MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁸⁷ Sentencia C-417 de 2009, MP Juan Carlos Henao

⁸⁸ Sentencia C-545 de 2009, MP Nilson Pinilla Pinilla

⁸⁹ Sentencia C-174 de 2009, MP Jorge Iván Palacios Palacios

⁹⁰ Sentencia C-933 de 2007, MP Jaime Araujo Rentería

⁹¹ Sentencia C-069 de 2009, MP Clara Inés Vargas Hernández

⁹² Sentencia C-810 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil

⁹³ MP Rodrigo Escobar Gil.

Más que presentar decisiones sobre el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo con un valor vinculante, las reseñamos para que los Honorables Magistrados puedan verificar que nuestro debate sobre la definición de matrimonio, las metodologías para aproximarse al caso (v.gr. el test estricto de igualdad) y otros problemas relacionados como la finalidad reproductiva del matrimonio o la presunta afectación de la familia, han tenido un importante análisis en el derecho comparado. Las razones por las cuales se les niega el derecho a la igualdad a las personas homosexuales son muy similares en todo el mundo. Conceptos como la concepción tradicional de la familia, la religión, la presunta peligrosidad de las parejas homosexuales para los niños, y otros temas similares hacen parte del repertorio de argumentos contra la igualdad de las personas LGBT. Por esta razón, los análisis judiciales en el derecho comparado, aún siendo pocos, pueden ofrecer a la Corte Constitucional de Colombia mayores elementos de juicio y ser tenidos en cuenta al momento de estudiar los cargos presentados en esta demanda.

VII. LA IDONEIDAD TÉCNICA DE LA PRESENTE DEMANDA Y LA PROCEDENCIA DE UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Una vez desarrollada materialmente la acusación contra las expresiones y normas acusadas, en este aparte procedemos a explicar por qué la demanda es idónea y apta, razón por la cual consideramos que el pronunciamiento de esta Corte Constitucional debe ser de fondo. Para ello mostraremos primero que la demanda cumple con los requisitos materiales (claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia) que debe tener una demanda para que pueda considerarse que existe un cargo constitucional idóneo para provocar el pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional. Luego indicaremos que la demanda también cumple con las cargas específicas que esta Corporación ha considerado que deben cumplir los ciudadanos cuando demandan una disposición por omisión legislativa relativa. En tercer lugar, mostraremos que la omisión es en este caso relativa y no absoluta, por lo cual la Corte es competente para pronunciarse al respecto. Haremos además, en cuarto lugar, unas consideraciones relativas al cumplimiento del requisito de proposición jurídica completa. Esto nos llevará en quinto lugar a analizar el problema de la posible necesidad de que la Corte se pronuncie o no sobre la adopción de las parejas del mismo sexo. En sexto lugar, estudiaremos la posibilidad de que la Corte recurra a una sentencia de constitucionalidad condicionada diferida, en caso de que juzgue necesario otorgar al legislador un plazo corto para corregir la omisión constatada. Finalmente, debido a una problemática doctrina (que creemos que afortunadamente la Corte parece haber abandonado), según la cual los demandantes no pueden solicitar directamente el condicionamiento de una norma, sino solo su inexecutable pura y simple, procedemos a hacer unas pretensiones subsidiarias frente a la expresión acusada “un hombre y una mujer”

del artículo 113 del Código Civil. Todo esto mostrará que la demanda es idónea para que la Corte se pronuncie de fondo sobre la constitucionalidad de las expresiones acusadas.

1. Una demanda con cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

La Corte Constitucional tiene bien establecido que, aunque la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, el demandante tiene unas cargas mínimas que cumplir para que pueda adelantarse el control constitucional ejercido por esta Corte. En particular, la Corte ha insistido en que es un deber de los demandantes formular un cargo concreto de naturaleza constitucional contra la disposición acusada⁹⁴, pues *“la falta de concreción del cargo impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad”* (Sentencia C-1256 de 2001), por cuanto no corresponde a la Corte Constitucional ejercer un control oficioso de las leyes, sino un examen sobre aquellas que hayan sido demandadas por los ciudadanos. Y para que exista materialmente una demanda, es necesario que la acusación cumpla con ciertos requisitos mínimos. Por ello la Corte ha señalado que los cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes⁹⁵. Esto significa que la *“acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios (pertinencia)”* (Sentencia C-1256 de 2001). Finalmente, la acusación debe no solo estar formulada en forma completa, sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda *“sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte”*⁹⁶.

En la reciente sentencia C-761 de 2009, MP Juan Carlos Henao, la Corte sintetizó esas exigencias así: *“se deben plantear acusaciones comprensibles o claras, recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada y en ese orden ser ciertas, mostrar de manera específica cómo la o las disposiciones objeto de demanda vulneran la Carta, utilizando para tales efectos argumentos pertinentes, esto es, de naturaleza constitucional y no legal o doctrinario ni referidos a situaciones puramente individuales. Por último, la argumentación del demandante debe ser suficiente, en el sentido de ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada”*.

Ahora bien, la presente demanda cumple ampliamente con tales requisitos, como se explica a continuación.

Así, el cargo contra la expresión “de procrear” es “claro” pues la demanda explica detalladamente y en forma comprensible que si la ley atribuye legalmente al matrimonio

⁹⁴ Al respecto ver la sentencia C-447 de 1997. En el mismo sentido ver sentencias C-131/93. Fundamento Jurídico No 1.4, C-024/94 Fundamento Jurídico No 9.1.c, C-509/96 y C-236/97.

⁹⁵ Ver sentencia C-1052 de 2001. Fundamento 3.4.2.

⁹⁶ Ver sentencia C-1052 de 2001. Fundamento 3.4.2.

como una de sus finalidades la procreación, entonces se violan normas constitucionales determinadas, como el libre desarrollo de la personalidad. El cargo es "cierto" pues recae sobre el contenido de la expresión acusada ya que dicho aparte le atribuye al matrimonio el propósito de la procreación. Es igualmente "específico" y "pertinente" pues la demanda muestra en forma precisa cómo la expresión acusada viola la Constitución, por ejemplo, mostrando que la atribución de esa finalidad al matrimonio afecta el libre desarrollo de la personalidad; y el cargo es desarrollado con argumentos constitucionales, y no puramente de conveniencia. Y se trata finalmente de una acusación "suficiente" pues la demanda suscita dudas razonables sobre la constitucionalidad de la expresión acusada. ¿O no es razonable suponer que puede violar la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad que si dos personas desean casarse, entonces deban tener como una de sus finalidades procrear?

En relación con la otra expresión acusada, esto es, aquella que habla de "un hombre y una mujer", igualmente consideramos que la demanda cumple ampliamente con los anteriores requisitos materiales. Así, el cargo contra esa expresión es "claro" pues la demanda explica detalladamente y en forma comprensible que si la ley restringe el matrimonio únicamente a las parejas heterosexuales, entonces se violan normas constitucionales determinadas, como el libre desarrollo de la personalidad o la igualdad, pues se estaría privando de la protección institucional brindada por el matrimonio a las parejas del mismo sexo. El cargo es igualmente "cierto" pues recae sobre el contenido de la expresión acusada ya que dicha expresión es la que restringe el contrato de matrimonio a parejas heterosexuales. En todo caso, si la Corte considera que no es únicamente dicha expresión la que limita el matrimonio a las parejas heterosexuales y que debían haberse demandado otras normas, no creemos que eso haga inepta la demanda, por las consideraciones que hacemos en el punto 4 de este aparte, sobre la demanda y la proposición jurídica completa.

El cargo es igualmente "específico" pues la demanda muestra en forma precisa cómo la expresión acusada viola la Constitución, por ejemplo, advirtiendo que la restricción del matrimonio a las parejas heterosexuales desconoce la igualdad pues viola el principio de igual protección entre todas las parejas, que ha sido sólidamente desarrollado por la Corte Constitucional. Y el cargo es "pertinente" pues es desarrollado con argumentos constitucionales, y no puramente de conveniencia, puesto que se basa esencialmente en la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la igual protección que la Carta otorga a las parejas heterosexuales y a las parejas del mismo sexo. Y se trata finalmente de una acusación "suficiente" pues la demanda suscita dudas razonables sobre la constitucionalidad de la exclusión de la posibilidad de matrimonio a las parejas del mismo sexo. ¿O no es razonable suponer que puede violar la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana que si una pareja del mismo sexo desea casarse, entonces no pueda hacerlo y quede privada de la protección del matrimonio, mientras que una pareja heterosexual sí tiene esa posibilidad de casarse y de acceder a esa protección legal?

Por todo lo anterior, consideramos que la presente demanda cumple ampliamente con los requisitos materiales que la jurisprudencia constitucional ha establecido para que pueda

considerarse que existe un cargo constitucional apto e idóneo para provocar un pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional. Con todo, podría argumentarse que en este caso ese requisito no se ha cumplido, debido al tipo de cargo formulado, que es una demanda por omisión legislativa relativa, que es más exigente. Pero eso no es así, pues como se mostrará en el siguiente apartado, la demanda cumple claramente con los requisitos específicos establecidos por esta Corte para considerar idóneo un cargo por omisión legislativa relativa.

2. La demanda sustenta adecuadamente la existencia de una omisión legislativa relativa inconstitucional

La Corte Constitucional ha sostenido que para que prospere el cargo de inconstitucionalidad por omisión, es necesario que i) “exista una norma sobre la cual se predica”⁹⁷, esto es, un precepto concreto; que ii) el precepto concreto haya regulado el tema de manera defectuosa, de tal suerte que excluya elementos esenciales que de acuerdo a la Constitución eran necesarios para que la norma se ajustara a la carta; iii) que la exclusión de dicho elemento “no obedezca a una razón objetiva y suficiente”⁹⁸; que iv) la regulación defectuosa haya producido una afectación a la igualdad, aunque precisó que se puede “desligar la omisión legislativa de la afectación del derecho a la igualdad” pues basta que se “detecte en la ausencia de regulación de un supuesto que forzosamente debía estar incluido en el ámbito de las disposiciones acusadas, y no únicamente en los eventos de exclusión de ciertos sujetos de un determinado contenido regulatorio que necesariamente debiera serles aplicado”, de forma que puede darse la omisión legislativa relativa por la afectación injustificada a otros derechos; y v) finalmente, “que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”⁹⁹.

En efecto, en la sentencia C-185 de 2002, con criterios ampliamente reiterados en decisiones posteriores, como en las sentencias C-442 de 2009, MP Humberto Sierra Porto, y C-522 de 2009, MP Nilson Pinilla, esta Corte señaló al respecto:

“Para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-427 de 2000 MP: Vladimiro Naranjo Mesa

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*, ver, entre otras, las sentencias C-067 de 1999, C-562 de 2004, C-1043 de 2006 y C-208 de 2007

(v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

Ahora bien, un examen de la demanda muestra que esta cumple claramente con esos cinco requisitos. En efecto, en primer término, la demanda recae sobre un precepto concreto, que es el aparte demandado “hombre y mujer” del artículo 113 del Código Civil, que regula el contrato de matrimonio y excluye la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan casarse. En segundo lugar, esa expresión ha regulado de manera constitucionalmente defectuosa el matrimonio al excluir de esa posibilidad a las parejas del mismo sexo, lo cual genera una desigualdad injustificada entre las parejas heterosexuales –que pueden contraer matrimonio- y las parejas del mismo sexo, que no pueden hacerlo. En tercer término, esa exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio no está fundada en razones suficientes y objetivas, puesto que, como lo mostró el análisis sustantivo realizado en esta demanda, ambas parejas (las heterosexuales y las del mismo sexo) se encuentran en la misma situación, desde el punto de vista constitucional, frente al matrimonio, y la exclusión de las parejas del mismo sexo es discriminatoria, como lo mostró el estudio de proporcionalidad adelantado en esta demanda. En cuarto término, y por las razones anteriores, esa omisión afecta gravemente la igualdad; pero no solo viola la igualdad, sino además otros derechos constitucionales, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Finalmente, es claro que esa omisión de prever también el matrimonio para las parejas del mismo sexo incumple con un claro deber constitucional, que ha sido expresamente desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, que es el deber de otorgar una igual protección a las parejas del mismo sexo y a las parejas heterosexuales, puesto que dicha omisión priva a las parejas del mismo sexo de la protección del matrimonio, mientras que las parejas heterosexuales gozan de la mencionada protección.

La demanda cumple entonces con los requisitos exigidos por la Corte frente a las omisiones legislativas relativas. Con todo, podría argüirse que en este caso tampoco procede una decisión de fondo de la Corte, por cuanto estaríamos frente a una omisión legislativa absoluta y no relativa, frente a la cual la Corte no es competente. Pero eso no es así, pues es claro que en este caso, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, estamos frente a una omisión relativa, como se explica en el siguiente apartado.

3. Carácter relativo y no absoluto de la omisión y posibilidad de la Corte de enfrentar la omisión por una sentencia integradora o aditiva

Conforme lo ha establecido esta Corte, existe omisión legislativa relativa cuando la ley regula una materia, pero no lo hace de manera integral, como quiera que *“no cubija a todas los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o porque deja de regular algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, tendría que formar parte de la disciplina legal de la materia”*.¹⁰⁰ En cambio hay omisión legislativa absoluta cuando existe carencia total de regulación de una determinada materia por la ley.

¹⁰⁰ Cfr. Sentencia C-891A de 2006, fundamento jurídico No. 3.1

Esto es, como dijo la Corte, *“las omisiones legislativas absolutas consisten en la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable”*¹⁰¹ y en esos casos la Corte es incompetente pues *“si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”*¹⁰².

Unos ejemplos de esa clase de omisión absoluta son los siguientes: la sentencia C-073 de 1996, en donde la Corte se abstuvo de conocer una demanda que aducía que el Estado colombiano había incumplido los compromisos internacionales respecto de la protección de los derechos de autor de los emisores de las señales satelitales que incidentalmente son captadas por quienes vienen prestando el servicio de su distribución, pues no había ninguna regulación sobre la materia. O la sentencia C-543 de 1996, en donde la Corte se abstuvo de estudiar una demanda por la falta de regulación de las acciones populares, pues concluyó que no había en ese momento ninguna regulación del tema. O la sentencia C-864 de 2008, en donde la Corte consideró que no podía pronunciarse sobre una demanda por la falta de regulación por parte del legislador de un sistema de salud especial para comunidades afrodescendientes, pues consideró que existía una omisión legislativa absoluta. (Con todo, vale la pena recordar que en esa ocasión, la Corte exhortó *“al Congreso Nacional para que, en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, provenientes de lo dispuesto en los artículos 1º y 25 del Convenio 169 de la OIT, regule para las comunidades etno culturales no indígenas servicios de salud adecuados, en lo posible organizados y prestados a nivel comunitario bajo su propia responsabilidad y control, que tengan en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.”*)

Conforme a lo anterior, es claro que en este caso no estamos frente a una omisión legislativa absoluta, sino a una relativa, puesto que no hay falta absoluta de regulación de una materia, ya que el legislador reguló un determinado asunto, que es el contrato de matrimonio, pero al hacerlo incurrió en un defecto constitucional, pues solo previó esa institución para las parejas heterosexuales, pero no para las parejas del mismo sexo. Es pues una típica omisión legislativa relativa pues hubo una actuación defectuosa del legislador.

Ahora bien, es cierto que la Corte ha desarrollado recientemente una concepción más estricta de omisión relativa, según la cual hay casos en que puede haber actuación del legislador en una determinada materia, pero la omisión sigue siendo absoluta, por cuanto resulta imposible al juez constitucional llenar el vacío constatado, por medio de una sentencia condicionada. La lógica del argumento de la Corte es que el propósito de una demanda de inconstitucionalidad frente a una omisión legislativa relativa es que el juez constitucional pueda corregir ese defecto e incorpore, mediante una sentencia de exequibilidad condicionada, el supuesto arbitrariamente excluido por el legislador. Por

¹⁰¹ Sentencia C-259 de 2009, MP Mauricio Gonzalez Cuervo,

¹⁰² Sentencias C-543 y C-073 de 1996 y C-540 de 1997. Criterio reiterado en la citada sentencia C-259 de 2009.

consiguiente, conforme a esa doctrina, que la Corte precisó en la sentencia C-442 de 2009, para que un cargo por omisión legislativa relativa pueda prosperar, se requiere no solo que la argumentación de la demanda i) *“permita concluir que de la omisión se deriva directamente la vulneración de normas constitucionales, por parte de las disposiciones que se acusan”*, sino además que ii) *“el vacío derivado de ello puede ser llenado por la Corte Constitucional”* (Fundamento 9 de la citada sentencia C-442 de 2009). Dijo entonces la Corte en esa sentencia, que en esos casos *“lo que haría que esta última hipótesis se tratara como una omisión relativa o como una absoluta, no sería propiamente la posibilidad o imposibilidad de señalar la(s) proposición(es) jurídica(s) en la(s) cual(es) debió incluirse la regulación ausente, sino la alternativa cierta de que mediante una sentencia de exequibilidad condicionada se pueda llenar el vacío normativo.”* (Ibídem, Fundamento 11).

Los demandantes en el presente caso consideramos que la jurisprudencia precedente es equivocada pues confunde dos fenómenos distintos, como son la constatación de una omisión legislativa relativa y el remedio judicial de la misma. Esto es, una cosa es que la Corte constate que hay una omisión legislativa relativa que desconoce la Constitución, y otra que considere que no puede remediarla directamente y en forma inmediata por cuanto el legislador tiene un amplio margen de configuración en la materia, por lo cual corresponde al legislador, *prima facie*, remediar dicha omisión. En ese evento, bien puede la Corte declarar la omisión legislativa, pero otorgar un plazo prudencial al Congreso para que la corrija directamente, y solo en caso de que este no la corrija, entonces procedería el juez constitucional a llenar el vacío.

Ahora bien, lo cierto es que incluso frente a este criterio más restrictivo de la noción de omisión legislativa relativa desarrollado en la sentencia citada, es claro que en este caso la omisión legislativa es relativa pues el Legislador reguló integralmente la institución del matrimonio y solo excluyó de la misma a las parejas del mismo sexo. Y dicha exclusión u omisión es inconstitucional, como se explicó en la argumentación sustantiva de esta demanda, y puede ser integralmente corregida por la Corte, por una sentencia integradora, aditiva o condicionada, en donde la Corte, en aplicación del mandato constitucional de igual protección entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo, extienda la posibilidad de matrimonio a estas últimas.

Es más, el presente caso es realmente muy parecido a uno que la propia sentencia C-442 de 2009, MP Humberto Sierra Porto, cita como un ejemplo típico de una omisión legislativa relativa que podía ser plenamente corregida por la Corte Constitucional y fue la sentencia C-075 de 2007, que extendió a las parejas del mismo sexo la figura de la unión marital de hecho, prevista legalmente para parejas heterosexuales. En efecto, luego de explicar la noción más restrictiva de omisión legislativa relativa, la citada C-442 de 2009, MP Humberto Sierra Porto, en el fundamento 12, cita como ejemplo jurisprudencial de una omisión legislativa relativa, que podría ser demandada y subsanada por la Corte Constitucional, ese caso. Dijo entonces esa sentencia:

“12.- En este sentido, puede sostenerse que las omisiones que sugieran la vulneración de la Constitución, porque resulta claro el incumplimiento del deber constitucional de regular

algún tópico por parte del legislador, deben incluir la consideración de si frente a ellas se mantiene la competencia de la Corte Constitucional para incluir lo que se ha omitido. Por ello, en una omisión la deficiencia en la regulación de un asunto puede conllevar distintos grados, y de este modo la competencia de la Corte para llenar el vacío surgido de la omisión dependerá de dicho grado. Si la deficiencia es mínima, el juez de control de constitucionalidad no solo tiene la competencia, sino el deber de integrar aquello que el legislador obvió. Si la deficiencia no es mínima pero tampoco total (deficiencia media), se deberá sopesar la necesidad de llenar el vacío con la imposibilidad de la Corte de usurpar competencias establecidas por la Carta en cabeza del legislador. Esto es, que incluso ante una omisión legislativa relativa es posible que la Corte carezca de competencia para integrar el elemento ausente. Si la deficiencia es total la Corte deberá instar al legislador para que desarrolle la regulación pertinente.

(...)

En el mismo sentido de la anterior, en sentencia C-075 de 2007 la Corte encontró ajustadas al orden constitucional disposiciones que se referían a la noción de unión marital de hecho como aquella conformada por un hombre y una mujer, siempre que se entendiera que la mencionada categoría debía incluir a las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo. Esta Corporación consideró que la exclusión de este último supuesto no era acorde con los principios constitucionales, y lo incluyó mediante el condicionamiento; pero, ello no implicó la necesidad de regular nada adicional al respecto, pues esto está contenido en la legislación civil y de familia."

Este precedente jurisprudencial es relevante y valioso por la similitud de situaciones pues en ambos casos se trata de extender a las parejas del mismo sexo una figura jurídica protectora (en un caso la unión marital y en el otro el matrimonio), que el legislador había previsto solo para las parejas heterosexuales. La situación es prácticamente idéntica, por lo cual el mismo criterio es aplicable. Es claro entonces que la presente demanda enfrenta una omisión legislativa relativa, corregible por la Corte Constitucional, por una sentencia condicionada, por lo cual la demanda es idónea.

Con todo, podría objetarse que en el matrimonio la situación es distinta, por cuanto la regulación del matrimonio es mucho más integral y extensa que la de la unión marital de hecho. Y que además la institución matrimonial está regulada hoy en la ley civil con la idea de que se trata de una pareja heterosexual, por lo cual muchas disposiciones hablan a veces específicamente de hombre y mujer. Según ese reparo, no bastaría condicionar la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, sino que sería necesario modificar demasiadas normas legales, por lo cual estaríamos frente a una omisión absoluta que solo podría ser corregida por el legislador.

A pesar de su aparente fuerza, ese argumento no es de recibo, por las siguientes cuatro razones: de un lado, frente a la mayor parte de las regulaciones que rigen el matrimonio no existe ningún problema, pues ellas podrían ser plenamente aplicables a las parejas del mismo sexo, no solo en su literalidad (pues hablan genéricamente de cónyuges y no de hombre y mujer) sino también en los mandatos que prevén; por ejemplo, todas las normas sobre celebración de matrimonio del título IV del Libro I del Código Civil son plenamente aplicables a las parejas del mismo sexo. De otro lado, existen algunas disposiciones que

plantean problemas en su tenor literal (pues hablan de hombre y mujer) pero no en su contenido, que resulta plenamente aplicable a las parejas del mismo sexo. Eso sucede por ejemplo frente al artículo 177 del Código Civil, sobre dirección del hogar, que señala literalmente que “el marido y la mujer tienen conjuntamente la dirección del hogar. Dicha dirección estará a cargo de uno de los cónyuges cuando el otro no la pueda ejercer o falte. En caso de desacuerdo se recurrirá al juez o al funcionario que la ley designe.” En este caso basta que la Corte Constitucional condicione la exequibilidad en esas normas de la expresión “el marido y mujer” para señalar que debe entenderse que dichas expresiones incluyen también siempre a los “cónyuges de las parejas del mismo sexo”, o más simplemente que ellas hacen referencia a los “cónyuges”, con lo cual ese artículo queda así: “los cónyuges tienen conjuntamente la dirección del hogar”, mandato que es plenamente aplicable a las parejas del mismo sexo. En tercer término, existen algunas pocas disposiciones que efectivamente son de problemática aplicación a las parejas del mismo sexo, como las relativas a la presunción de paternidad; pero eso no hace imposible la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo, pues simplemente se entiende que dichas normas no son aplicables a esas parejas, en la misma forma que tampoco son aplicables a las parejas que no tienen hijos, o que tienen únicamente hijos adoptados. Es pues un problema de interpretación frente a cada caso práctico, con el fin de determinar si la disposición resulta o no aplicable a las parejas del mismo sexo.

Por último, la misma sentencia C-442 de 2009, MP Humberto Sierra Porto, establece un criterio fundamental para solucionar estas posibles dificultades y es el siguiente: en el fundamento 12, esa sentencia señala que si *“la deficiencia no es mínima pero tampoco total (deficiencia media), se deberá sopesar la necesidad de llenar el vacío con la imposibilidad de la Corte de usurpar competencias establecidas por la Carta en cabeza del legislador”*. Esto es, el juez constitucional debe ponderar la necesidad de amparar los derechos fundamentales de las personas afectadas por la omisión legislativa, frente a la libertad de configuración del legislador, que se podría ver invadida por la sentencia integradora o condicionada de la Corte. Ahora bien, en el presente caso, ese ejercicio de ponderación lleva ineludiblemente a concluir que la Corte debe amparar los derechos de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, por medio de una sentencia integradora, por las siguientes dos razones: i) por cuanto el Congreso se ha mostrado totalmente insensible a realizar los desarrollos legislativos que la Carta exige para amparar la dignidad, igualdad y libertad de la comunidad LGBT, por lo cual ha sido la Corte quien ha tenido que amparar los derechos –individuales y de pareja– de estas personas. Por consiguiente, dejar este tema en manos del Congreso es condenar a la comunidad LGBT a la imposibilidad absoluta de acceder a la protección del matrimonio, a la cual tienen derecho. La afectación a los derechos fundamentales de la comunidad LGBT sería entonces muy intensa en esa hipótesis. En cambio, ii) si la Corte realiza una labor de integración, la afectación de la libertad de configuración del legislador es menor, pues la opción que este tiene para corregir la omisión legislativa en este campo es muy limitada, ya que prácticamente su única posibilidad consiste en extender a las parejas del mismo sexo las mismas regulaciones y los mismos beneficios del matrimonio previstos para las parejas heterosexuales, salvo en aquellos puntos en que esto sea imposible.

Por todo lo anterior, una conclusión se impone: estamos frente a una omisión legislativa relativa, que la Corte debe corregir por una sentencia integradora, aditiva o condicionada. Un interrogante surge: dadas las dificultades señaladas en el párrafo precedente, ¿cuál debería ser el contenido de esa sentencia integradora? ¿Es ella posible?

La respuesta a esos interrogantes creemos que puede ser la siguiente: de un lado, la Corte puede declarar la inexecutable de la expresión “de procrear” del artículo 113 del Código Civil. Frente a la expresión “un hombre y una mujer” de ese mismo artículo, la Corte debe declarar que esta incurre en una omisión legislativa relativa inconstitucional, por lo cual dicha expresión es executable pero en el entendido de que también pueden contraer matrimonio las parejas del mismo sexo. Por razones de unidad normativa, solicitamos la inexecutable de la expresión “de un hombre y una mujer” del primer inciso del artículo 2 de la Ley 294 de 1996 y del primer inciso del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, para que esas norma queden del siguiente tenor: *“La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”* Finalmente, la Corte podría hacer un condicionamiento general frente al resto del ordenamiento, en los siguientes términos: cuando la ley en general haga referencia a “cónyuges” o haga referencia a “hombre y mujer” al regular la institución matrimonial, en virtud del principio de protección igual a las parejas heterosexuales y del mismo sexo, debe entenderse que dichas expresiones hacen referencia también a los cónyuges o integrantes casados de las parejas del mismo sexo.

Algunos podrían considerar que se trata de una forma de sentencia imposible, que no tiene antecedentes en derecho constitucional colombiano o comparado. Pero no es así: en casos semejantes, otros tribunales constitucionales o esta Corte Constitucional han recurrido a estos condicionamientos genéricos, por ser la única forma de enfrentar afectaciones sistémicas a la igualdad.

Así, a nivel comparado, la Sala Constitucional de Costa Rica, en la sentencia N 3435-92, concluyó que la regulación que establecía reglas distintas para la nacionalización del cónyuge de un o una costarricense, según que fuera hombre o mujer, era inconstitucional por violar la igualdad entre los sexos. Y para evitar posibles discriminaciones por razones de sexo, estableció un condicionamiento general según el cual *“cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” ó “mujer”, deberán entenderse como sinónimos del vocablo “persona”, y con ello eliminar toda posible discriminación “legal” por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados.”*

Por su parte, esta Corte Constitucional, en la sentencia C-595 de 1996, declaró la inconstitucionalidad de las normas que definían como ilegítimas la consanguinidad o afinidad por fuera del matrimonio, pues consideró que esta era contraria a la igualdad entre los hijos establecida en la Carta. Pero para evitar vacíos regulativos hizo un condicionamiento genérico pues en el punto tercero de la parte resolutive señaló: *“Expresamente se advierte que la declaración de inexecutable de los artículos 39 y 48 no*

implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo.”

Por consiguiente, dichos condicionamientos genéricos en esos casos son totalmente viables, por lo cual la demanda es apta y procede un pronunciamiento de fondo de la Corte.

Con todo, podría argüirse que en este caso tampoco procede un pronunciamiento de fondo, pues no se habría demandado la disposición pertinente o no se habría integrado en forma suficiente la llamada proposición jurídica completa. Pero eso no es así, como se explica en el siguiente apartado.

4. La demanda y el problema de la integración de la proposición jurídica completa

Es claro que en general, si los actores no aciertan en señalar adecuadamente cuál es la disposición acusada, la demanda es inepta por falta de proposición jurídica completa. Esto es aún más claro en relación con las llamadas omisiones legislativas relativas pues para que la Corte pueda emitir un pronunciamiento de fondo es necesario *“que la demanda se dirija contra las normas de las cuales se extraiga en forma directa la materia que ha sido omitida por el legislador”* (Sentencia C-558 de 2009, MP Gabriel Mendoza, Fundamento 2.2)

Los demandantes consideramos que este requisito está cumplido pues la demanda está dirigida contra la disposición pertinente puesto que es la expresión “hombre y mujer” del artículo 113 del Código Civil la que ocasiona la omisión legislativa relativa inconstitucional. Por ello creemos que está cumplida la carga establecida por la jurisprudencia constitucional, según la cual, corresponde a los actores señalar cuáles son las disposiciones legales afectadas de inconstitucionalidad. En efecto, es ese aparte el que genera esencialmente la omisión legislativa relativa impugnada.

Debe además recordarse que la carga de integrar rigurosamente la proposición jurídica proviene de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la anterior constitución, que trasladó esa exigencia técnica del ámbito de la casación al campo de la acción pública. Fue un traslado infortunado y duramente criticado por la doctrina, pues se transfirió un instituto procesal de la casación, que es el recurso técnico por excelencia, a una acción ciudadana por excelencia, como es la acción pública. Por eso, en forma acertada, la regulación y la jurisprudencia relativa a la acción pública han limitado la operancia de la inhibición por falta de integración de la proposición jurídica. En efecto, si realmente no hay integración de la proposición jurídica completa, pero la demanda recae sobre un contenido normativo identificable, que contiene el vicio señalado por el actor, entonces la demanda se entiende apta, y es la Corte la que debe, en ejercicio de su facultad de unidad normativa, proceder a extender el fallo a otras disposiciones. Por ende, existe realmente ineptitud de la demanda por falta de integración adecuada de la proposición jurídica completa cuando el actor demanda disposiciones que

no contienen en forma autónoma el contenido normativo impugnado. Pero si los actores han señalado disposiciones que tienen un sentido identificable, que permite claramente plantear la controversia constitucional, entonces no existe ese defecto, por más de que los actores no señalen integralmente todas las posibles disposiciones legales vinculadas a ese problema constitucional. Exigir una total integración normativa por los demandantes no solo desvirtuaría el carácter público de la acción de inexecutable, sino que olvidaría la facultad de unidad normativa, que el ordenamiento le otorga al juez constitucional. Así lo ha entendido la Corte en numerosas sentencias, desde la sentencia C-320 de 1997, que fue la que estableció la línea jurisprudencial en la materia. Así, en la sentencia C-1140 de 2008, y reiterando criterios establecidos en sentencias anteriores, como la sentencia C-871 de 2003, dijo la Corte:

“Al respecto, debe partirse de considerar que, como lo ha definido esta Corporación, el instituto de la unidad normativa resulta aplicable solo en tres hipótesis definidas: En primer lugar, cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; en segundo término, en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas; y, por último, cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad.” (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-871/03.)

Empero, para que alguna de estas hipótesis pueda plantearse, debe estarse ante la existencia de un cargo de inconstitucionalidad verificable.”

Por consiguiente, consideramos que en este caso, las expresiones a ser acusadas son las señaladas del artículo 113 del Código Civil pues son las que restringen verdaderamente que el matrimonio está establecido para las parejas heterosexuales exclusivamente. En caso de que la Corte encuentre otras normas inescindiblemente ligadas a esas expresiones, solicitamos que realice la correspondiente unidad normativa.

Ahora bien, los demandantes tenemos conciencia de que en decisiones recientes la Corte ha aplicado un criterio más estricto de integración de la unidad normativa por los actores y les ha exigido que demanden todas las disposiciones ligadas al problema constitucional planteado, y la Corte se ha inhibido cuando el actor no ha cumplido con esa carga. Por ejemplo, en la demanda C-761 de 2009, la Corte se inhibió de conocer los cargos contra ciertas normas que permitían las corridas de toros, por cuanto los actores no habían señalado todas las disposiciones que podían autorizar dichas corridas. La Corte consideró que había proposición jurídica incompleta.

Los demandantes en este caso entendemos la lógica de esta exigencia, que es evitar un control oficioso por la Corte y asegurar el debido proceso de los participantes en el proceso constitucional, que deben conocer desde el inicio todos los extremos del litigio, por lo cual en principio todas las normas acusadas deben estar adecuadamente precisadas desde la

demanda. Sin embargo, la exigencia de una integración total de la proposición jurídica nos parece extraña a la naturaleza ciudadana de la acción pública, pues únicamente los expertos en derecho (o más aún, los expertos en cada campo del derecho) pueden realizar esa compleja operación jurídica, que es determinar con exactitud todas las normas que regulan un determinado asunto. Por ello consideramos que lo que se puede y debe exigir al demandante es que señale la o las normas que permitan con claridad estructurar el problema constitucional a ser debatido, sin pedirle que señale todas las normas que regulan la materia, las cuales, de ser necesario, serán integradas por la propia Corte, en virtud del principio *pro actione* y de su facultad de unidad normativa. Esta doctrina asegura el debido proceso, pues todos los intervinientes saben desde el principio cuál es el problema constitucional debatido. Se respeta el carácter rogado de la justicia constitucional, pues la Corte solo puede resolver el problema constitucional planteado por el demandante, pero al mismo tiempo se asegura la naturaleza ciudadana y lega en derecho de la acción pública de inconstitucionalidad, pues no se exige a los demandantes cargas propias de los especialistas en derecho. Por ello respetuosamente solicitamos a la Corte Constitucional que matice su rigor en esta materia y vuelva a la doctrina razonable y equilibrada establecido por la citada sentencia C-320 de 1997. Dijo la Corte en esa ocasión:

"Es deber entonces de la Corte, al igual que todo juez, utilizar todos sus poderes a fin de evitar, hasta donde sea posible, los fallos inhibitorios, ya que la finalidad de los procedimientos es que prevalezca el derecho sustancial (CP art. 228 y C. de P. C arts 37 ord. 4º y 401). Ahora bien, en determinados casos, la Corte debe estudiar una proposición normativa que fue acusada por un ciudadano, pero frente a la cual resulta materialmente imposible pronunciarse sobre su exequibilidad o inexecuibilidad sin analizar globalmente los elementos esenciales del conjunto normativo del cual ella forma parte. En estos eventos, y con el fin de evitar un pronunciamiento inhibitorio, es válido que la Corte proceda a integrar la unidad normativa, siempre y cuando ello sea estrictamente necesario para examinar en debida forma las acusaciones formuladas en la demanda. Algunos podrían objetar que esta posibilidad desborda la competencia de la Corte ya que, si es necesario establecer una unidad normativa para poder estudiar los cargos, es porque la demanda es inepta, pues el actor no habría acusado una proposición jurídica autónoma. Sin embargo, la Corte considera que este argumento no es de recibo, porque confunde dos fenómenos jurídicos diversos. Así, la proposición jurídica incompleta opera en aquellos casos excepcionales en que el actor no acusa una norma autónoma, por lo cual esta no puede ser estudiada, por carecer de sentido propio¹⁰³. En cambio, en otros eventos, la demanda no es inepta, por cuanto el demandante verdaderamente impugna un contenido normativo inteligible y separable. Lo que sucede es que el estudio de ese contenido presupone el análisis de un conjunto normativo más amplio, por lo cual se hace necesaria la integración de una proposición jurídica mayor. Es pues diferente el caso de la demanda inepta, por falta de proposición jurídica inteligible, situación en la cual procede la inadmisión e incluso, excepcionalmente, la sentencia inhibitoria, de aquellos eventos en que el contenido normativo impugnado por el actor es inteligible y autónomo, pero no puede ser estudiado independientemente, por cuanto su examen remite inevitablemente al estudio del conjunto normativo del cual forma parte."

¹⁰³ Ver entre otras, las sentencia C-409/94

Creemos entonces que hemos demandado los apartes pertinentes, que son esencialmente las expresiones señaladas del artículo 113 del Código Civil, y que el problema jurídico es totalmente claro, por lo cual, conforme a esa doctrina, si la Corte encuentra otras normas que regulan la materia, debe realizar la correspondiente unidad normativa. Sin embargo, con el fin de evitar cualquier pronunciamiento inhibitorio, por presunta falta de integración de la unidad normativa, hacemos las siguientes precisiones:

Que, de ser necesario, por razones de integración formativa, la demanda se entienda entonces presentada contra la totalidad del artículo 113 del Código Civil;

Que por esa razón también demandamos la inexecutable de la expresión solicitamos la inexecutable de la expresión “de un hombre y una mujer” del primer inciso del artículo 2 de la Ley 294 de 1996 y del primer inciso del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, para que esas normas quedes del siguiente tenor: “*La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*” En efecto, de esa manera se entiende que la definición legal del matrimonio no es exclusiva para parejas heterosexuales, por lo cual, debe entenderse que dicho inciso remite a la definición legal prevista en el artículo 113 del Código Civil, con el condicionamiento previsto por esta misma sentencia para ese artículo.

Finalmente, en la medida en que la Corte considere que la integración de la proposición jurídica requiere tomar en cuenta todas las disposiciones referidas al matrimonio, entonces se entiende que las demandamos también, y en especial los artículos que integran los títulos III a XII del Libro I del Código Civil, con el fin de que la Corte precise que cuando la ley en general haga referencia a “cónyuges” o haga referencia a “hombre y mujer” al regular la institución matrimonial, en virtud del principio de protección igual a las parejas heterosexuales y del mismo sexo, debe entenderse que dichas expresiones hacen referencia también a los cónyuges o integrantes casados de las parejas del mismo sexo.

5. La exclusión del tema de la adopción del presente debate constitucional

Ahora bien, debido a ese condicionamiento general que solicitamos, podría entenderse que la Corte debe inevitablemente pronunciarse sobre la adopción e incluir expresamente también el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, que regula parcialmente la institución de la adopción y establece quiénes pueden adoptar, por cuanto esa norma, en su ordinal 2, señala que podrán adoptar “los cónyuges conjuntamente”. Por consiguiente, podría entenderse que en la medida en que solicitamos que la Corte realice un condicionamiento general según el cual, siempre que el ordenamiento se refiera a “cónyuges”, debe entenderse que se refiere también a los integrantes casados de las parejas del mismo sexo, entonces que el efecto automático de ese condicionamiento sería autorizar la adopción por parejas del mismo sexo y que los demandantes en este caso estamos pretendiendo ese condicionamiento.

Quienes presentamos esta demanda consideramos que la exclusión de la adopción a las parejas del mismo sexo es inconstitucional, por las razones desarrolladas en el anexo de

esta demanda. Sin embargo también tenemos claro que el matrimonio y la adopción son asuntos conceptual y jurídicamente separables y que la adopción plantea problemas constitucionales específicos, que ameritan, en su momento, un examen específico por la Corte Constitucional por cuanto incorporan el tema del interés superior del menor. Por ello, en esta demanda no estamos solicitando que la Corte realice una unidad normativa con el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y se pronuncie sobre la posibilidad de la adopción por las parejas del mismo sexo, sino todo lo contrario: esto es, expresamente solicitamos que la Corte se abstenga de estudiar ese tema, a fin de que este asunto sea debatido en la oportunidad procesal que corresponda, con la especificidad que requiere. Por eso solicitamos a la Corte que señale que esta sentencia, en caso de acoger nuestras pretensiones, no prejuzga sobre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan o no adoptar, tema que la Corte debatirá en el momento en que el asunto le sea específicamente planteado.

Ahora bien, si contrariamente a nuestro criterio y a nuestras pretensiones, la Corte considera que debe inevitablemente, por razones de unidad normativa, avocar el tema de la adopción por las parejas del mismo sexo, entonces solicitamos que para tal examen tenga en cuenta nuestra argumentación relativa a la inconstitucionalidad de la exclusión de las parejas del mismo sexo de la adopción que hemos desarrollado en el anexo de esta demanda. En tal caso, y solo en tal caso, dicho anexo debe entenderse parte integrante de la presente demanda.

6. Una petición subsidiaria: una constitucionalidad condicionada diferida

Ahora bien, los problemas analizados en los numerales anteriores pueden llevar a algunos a pensar que aunque es inconstitucional que la ley no prevea el matrimonio para parejas del mismo sexo, sin embargo la Corte no puede solucionar dicha omisión, sino que tal tarea corresponde al legislador, debido a la complejidad de la regulación del matrimonio, que dificulta una sentencia condicionada simple e inmediata. Algunos podrían entonces concluir que por esta razón, esa omisión debe predicarse absoluta y lo único que puede hacer la Corte es exhortar al legislador a que corrija este vacío legislativo.

Ahora bien, esta tensión entre la protección del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y la libertad del legislador en la regulación del matrimonio también se ha dado en derecho comparado. En muchos casos, como ya se reseñó en esta demanda, los jueces han considerado que deben otorgar la protección inmediata, la cual fue materializada por órdenes directas de carácter inmediato que permitieron a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio, como en los casos de Ontario, British Columbia, Iowa, Connecticut y California. Los demandantes, por las razones señaladas en este escrito, consideramos que tal es la solución constitucionalmente adecuada en Colombia, por lo cual nuestra pretensión principal es la sentencia de constitucionalidad condicionada inmediata que explicamos anteriormente. Con todo, si la Corte concluye que no puede realizar dicho condicionamiento inmediato, debido a la libertad configurativa del Legislador en este campo, no por ello debe esta Corte limitarse a exhortar al Congreso a que corrija este vacío

legislativo pues existen otras posibilidades para armonizar esos dos valores en conflicto, a saber, el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y la libertad configurativa del legislador en este campo.

Dos ejemplos interesantes en este campo son las sentencias de las cortes de Massachussets y Sudáfrica. En estos casos, los jueces reconocieron la situación discriminatoria contra las parejas del mismo sexo, debido a la imposibilidad legal que tenían de contraer matrimonio, pero decidieron dar la oportunidad al Congreso de participar en la configuración de la materia, por lo cual le otorgaron un plazo de algunos meses para regular el tema, pero siempre y cuando no se tomaran nuevas medidas discriminatorias, ni se tuvieran en cuenta sustitutos discriminatorios.

Así, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el caso *Fourie* (1 de diciembre de 2005)¹⁰⁴ otorgó un plazo de doce meses al Parlamento sudafricano para proporcionar una solución para la violación constitucional derivada de la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio. El tribunal consideró que la participación del legislador era importante, no solo por la trascendencia del tema, sino además para que este definiera si debía permitir el casamiento para las parejas del mismo sexo a través de una simple modificación de la Ley de Matrimonio ya existente, o a través de una nueva Ley de Matrimonio Reformada, que incluiría una serie de reformas, no todas relacionadas con la cuestión de la igualdad para las parejas del mismo sexo. Pero el tribunal fijó un plazo perentorio de un año para que se adoptara tal regulación, señalando que en caso de que eso no se hiciera, entonces quedaba automáticamente extendida la posibilidad de matrimonio para las parejas del mismo sexo. La parte resolutive de la sentencia señaló entonces que la definición legal de matrimonio se declaraba *"inconsistente con la Constitución y se anula en la medida en que no permite a las parejas del mismo sexo gozar del estatus [...] los beneficios [y] las responsabilidades que la ley reconoce a las parejas heterosexuales"*, pero que los efectos de esa inconstitucionalidad se suspendían *"por 12 meses desde la fecha del presente fallo para permitir que el Parlamento corrija los defectos"*, pero que si no lo hacía, entonces se entendería que automáticamente la ley de matrimonio incluía a las parejas del mismo sexo. El Parlamento sudafricano aprobó entonces la Ley de Unión Civil de 2006, que permite a cualquier pareja, de distinto o del mismo sexo, contraer "matrimonio".

Por su parte, la Suprema Corte de Massachusetts en los EE.UU., en la sentencia *Goodridge v. Department of Public Health*¹⁰⁵, decidió suspender el efecto del fallo por *"180 días a fin de permitirle a la Legislatura que tome las medidas que considere adecuadas en virtud del presente fallo"*, pero advirtiendo que las "uniones civiles" no eran un sustituto adecuado del matrimonio¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *Minister of Home Affairs v. Fourie y Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*, , Casos CCT 60/04 y CCT 10/05, <http://www.constitutionalcourt.org.za> (9-0).

¹⁰⁵ 798 N.E.2d 941, http://www.glad.org/uploads/docs/cases/goodridge_decision.pdf (4-3).

¹⁰⁶ *In re the Opinions of the Justices to the Senate*, 802 N.E.2d 565 (4-3), <http://www.glad.org/uploads/docs/cases/2004-04-04-goodridge-sjc-advisory-opinion.pdf> (4-3).

Estos fallos muestran entonces que son posibles vías intermedias, en caso de que la Corte considere que no puede corregir en forma inmediata la omisión legislativa relativa constatada. Una de estas vías es el establecimiento de una sentencia de constitucionalidad condicionada, con efectos diferidos, que esta Corporación ya ha establecido en casos anteriores. Esta figura consiste en condicionar la constitucionalidad de una norma y que esta decisión solo surta efectos a partir de un plazo determinado con el fin de otorgar al legislador un período de tiempo en el cual puede ajustar el ordenamiento jurídico. Los requisitos planteados para usar este remedio judicial de diferir los efectos de una inconstitucionalidad o una constitucionalidad condicionada han sido planteados por la Corte de esta manera:

“(L)a Corte Constitucional puede legítimamente recurrir a una sentencia de constitucionalidad temporal, siempre y cuando (i) justifique esa modalidad de decisión y (ii) aparezca claramente en el expediente que la declaración de inexecutable inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso. Además, (iii) el juez constitucional debe explicar por qué es más adecuado recurrir a una inexecutable diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento. Finalmente, y como es obvio, (iv) el juez constitucional debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales”¹⁰⁷

Son varios los casos en los cuales la Corte ha usado esta forma de remedio judicial. Por ejemplo, en relación con el régimen de habeas corpus¹⁰⁸, en el estudio de las normas relativas al Sistema UPAC¹⁰⁹, en el estudio del régimen diferenciado de competencias laborales¹¹⁰, en el estudio del régimen legal de los corregimientos departamentales en las antiguas intendencias y comisarías¹¹¹, la regulación de la retención transitoria por parte del policía¹¹², entre otras¹¹³.

¹⁰⁷ Sentencia C-737 de 2001, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰⁸ Sentencia C-620 de 2001, MP. Jaime Araujo Rentería

¹⁰⁹ Sentencia C-700 de 1991, MP. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C-747 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra

¹¹⁰ Sentencia C-1541 de 2000, MP. Carlos Gaviria Díaz

¹¹¹ Sentencia C-141 de 2001, MP. Alejandro Martínez Caballero

¹¹² Para otras sentencias de inexecutable condicionada o de constitucionalidad temporal ver: C-491 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño; C-858 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño; C-852 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil; C-452 de 202, MP. Jaime Araujo Rentería; C-221 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹³ Para otras sentencias de inexecutable condicionada o de constitucionalidad temporal ver: C-491 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño; C-858 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño; C-852 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil; C-452 de 202, MP. Jaime Araujo Rentería; C-221 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Esta última sentencia merece una especial mención porque en ella se tomó la decisión de proferir un fallo diferido, pero condicionado al respeto de ciertas salvaguardas mínimas de la libertad y otros derechos fundamentales¹¹⁴. En el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo podría tomarse una decisión similar que garantice el derecho, pero que otorgue un margen al legislador para realizar los ajustes que considere pertinentes. En este caso debería reconocerse claramente el derecho de forma inmediata, otorgarse un período de tiempo definido para que el legislador escoja la forma de regular el derecho, siempre y cuando no lo haga de forma discriminatoria, y dado el caso de que culminado este plazo el legislador no regule la materia, se mantenga el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Una decisión de exhortar al legislador sin plazo definido y sin reconocimiento del derecho no garantizaría plenamente los derechos de las parejas del mismo sexo y aplazaría por muchos años más una injusticia que riñe seriamente con nuestra organización estatal fundada en el respecto a la dignidad humana y la igualdad.

En síntesis, los demandantes consideramos que la decisión más adecuada a los principios y valores constitucionales es una sentencia de constitucionalidad condicionada de efecto inmediato. Subsidiariamente, y en caso de que la Corte considere que no puede recurrir a una sentencia integradora o aditiva inmediata para llenar el vacío inconstitucional provocado por la omisión legislativa relativa, solicitamos entonces a la Corte que establezca una modalidad de sentencia intermedia de "constitucionalidad condicionada con efectos diferidos" en la siguiente forma: que reconozca en forma inmediata el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio con base en las regulaciones básicas existentes del matrimonio, pero que, tomando en consideración la libertad de configuración del legislador en este campo, le otorgue entonces un plazo de seis meses al Congreso para que regule en forma no discriminatoria el matrimonio para las parejas del mismo sexo. Podría entonces la Corte diferir el efecto de su condicionamiento por esos seis meses, pero precisando que si el Congreso no realiza esa regulación en ese plazo, entonces debe entenderse que rige plenamente el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, con base en la regulación vigente y los condicionamientos hechos por la Corte en la sentencia que profiera frente a esta demanda.

¹¹⁴ Sentencia C-720 de 2007, MP. Catalina Botero Marino ... Resuelve: ... Cuarto.- En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo resuelto en el ordinal anterior, la retención transitoria solo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al Ministerio Público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional solo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición.

7. Otras peticiones subsidiarias por estrictas razones de técnica constitucional derivadas de una discutible (y ojalá abandonada) doctrina

Como ya se ha explicado, la pretensión principal frente a la expresión acusada “*un hombre y una mujer*” del artículo 113 del Código Civil consiste en que se declare la exequibilidad condicionada de dicho aparte, en el entendido de que las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio. La primera pretensión subsidiaria consiste en que, en caso de que la Corte no acceda a la pretensión principal, declare la inexecutable de la interpretación de aquella expresión, según la cual las parejas del mismo sexo se encuentran excluidas de la posibilidad de contraer matrimonio. Finalmente, la segunda pretensión subsidiaria consiste en que, en el evento de que la Corte no acceda a ninguna de las pretensiones anteriores, declare la inexecutable de la expresión demandada.

La justificación de estas pretensiones subsidiarias deriva de la sentencia C-1299 de 2005¹¹⁵, en donde la Corte Constitucional adoptó la doctrina según la cual los ciudadanos que presentan acciones de inconstitucionalidad no pueden solicitar en ellas la declaratoria de exequibilidad condicionada de las normas acusadas, sino simplemente la declaratoria de inexecutable, ya que la Corte es la única competente para analizar si un condicionamiento tal procede o no.

Consideramos que esa postura es errada en términos de procedimiento constitucional y que además va en contra del principio de justicia rogada propio de la justicia constitucional, pues si se admite que la Corte Constitucional es competente para proferir decisiones de constitucionalidad condicionada de las normas, es apenas obvio que también se admita que el ciudadano pueda solicitárselo en aquellos eventos en los que lo considere pertinente. Como lo afirmó el Magistrado Humberto Sierra Porto en el salvamento de voto que hizo a la sentencia C-1299 de 2005,

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

Consideramos que la práctica constitucional reciente de esta Corte ha implicado afortunadamente el abandono de esa inadecuada doctrina constitucional, pues la Corte ha admitido que los ciudadanos puedan solicitarle la constitucionalidad condicionada de una norma, cuando así lo consideren oportuno. Sin embargo, en caso de que la Corte decida retornar a la postura de la sentencia C-1299 de 2005, realizamos el siguiente planteamiento alternativo.

El argumento central de la sentencia C-1299 de 2005 para concluir que los ciudadanos no pueden solicitar una constitucionalidad condicionada de una disposición legal es que la

¹¹⁵ En un sentido similar, ver Corte Constitucional, auto de 22 de octubre de 2007, expediente D-6992.

acción que ejerce el ciudadano, en los términos literales del artículo 241 de la Carta, es de inconstitucionalidad y no de constitucionalidad, por lo que no puede el ciudadano hacer una solicitud de exequibilidad condicionada, ya que estaría pidiendo a la Corte que confirme y declare la constitucionalidad de la norma demandada. Ahora bien, aunque como ya lo señalamos, no compartimos esa visión de la Corte, creemos que incluso si se acepta la tesis de que la acción pública es de inconstitucionalidad y no de constitucionalidad, es de todos modos procedente una solicitud de exequibilidad condicionada por la sencilla razón de que esta equivale a solicitar la inexequibilidad de ciertos entendimientos de la disposición acusada. Es más, en ciertos ordenamientos, como el italiano, la técnica que usualmente utiliza la Corte Constitucional no es fijar, por una declaración de constitucionalidad condicionada, la interpretación autorizada de la disposición acusada, sino excluir, por una sentencia de inconstitucionalidad, los entendimientos inadmisibles de la norma demandada.¹¹⁶ La razón de esa técnica es maximizar la autonomía interpretativa del juez ordinario, pues el juez constitucional no fija el único sentido de la disposición legal, sino que únicamente excluye aquellos entendimientos que resultan inconstitucionales. Nada se opone en la Carta a que la Corte Constitucional recurra a esa técnica de excluir del ordenamiento, por medio de una sentencia de inexequibilidad, ciertas interpretaciones de una disposición demandada, en vez de proceder a fijar su único sentido por medio de una sentencia de exequibilidad condicionada. En esas condiciones, y con el fin de compatibilizar nuestras pretensiones con la doctrina constitucional en cuestión, a manera de primera pretensión subsidiaria, solicitamos que la Corte, en vez de declarar la exequibilidad condicionada de la expresión acusada "*un hombre y una mujer*" del artículo 113 del Código Civil, proceda a declarar la inexequibilidad de un entendimiento de la misma, que es inconstitucional. Por ello solicitamos entonces a la Corte que esa expresión incurra en una omisión legislativa relativa inconstitucional, y que por ende es inexecutable la posible interpretación, según la cual dicha expresión excluye el matrimonio por parejas del mismo sexo.

Ahora bien, en caso de que la Corte no considere procedente declarar la exequibilidad condicionada, ni la inexequibilidad condicionada de esa expresión acusada "*un hombre y una mujer*" del artículo 113 del Código Civil, entonces le solicitamos que declare su inexecutable.

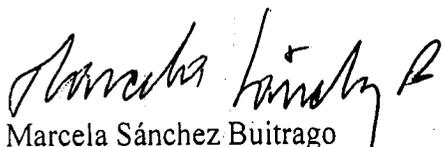
VIII. NOTIFICACIONES

Se recibirán notificaciones en las siguientes direcciones:

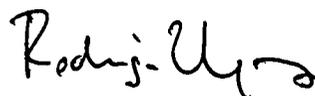
¹¹⁶ Ver al respecto Pizzorusso, Alessandro. 1984. "El tribunal constitucional italiano", en Varios Autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 252 y ss. Ver igualmente Aljs Vignudelli. 1988. *La Corte delle leggi*. Dogana: Rimini, capítulo segundo.

Carrera 24 N° 34 – 61, Centro de Estudios DeJuSticia
Calle 30A No. 6 - 22 Oficina 1102, Colombia Diversa

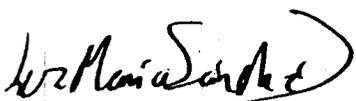
De la Honorable Corte Constitucional,



Marcela Sánchez Buitrago
C.C. 51.987.541 de Bogotá
Directora Ejecutiva
Colombia Diversa



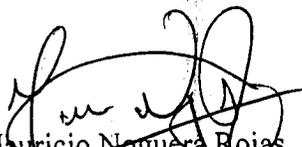
Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios DeJuSticia



Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia



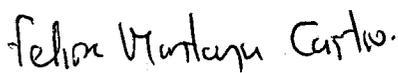
Diana Esther Guzmán Rodríguez
C.C. No. 52.886.418 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios DeJuSticia



Mauricio Noguera Rojas
C.C. 80.163.814 de Bogotá
Abogado
Colombia Diversa



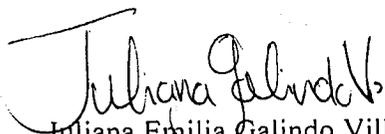
Cesar Rodríguez Garavito
C.C. No 79.555.322 de Bogotá
Socio Fundador
Centro de Estudios DeJuSticia



Felipe Montoya Castro
C. C. 80. 167. 698 de Bogotá



Felipe Arias Ospina
C.C. 1.020.746.395 de Bogotá



Juliana Emilia Galindo Villarreal
C.C. 1032.424.881 de Bogotá



Juan Miguel Eslava Lozzi
C.C. 1.020.722.922 de Bogotá

Bogotá D. C., Noviembre 29 de 2010

ANEXO 8376

Honorables Magistrados
SALA PLENA
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Ref: Anexo a la acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil, el inciso 1° del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, y el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 1361 de 2009.

Honorables Señores Magistrados:

Los demandantes de la acción pública de inconstitucionalidad de la referencia presentamos antes ustedes el presente anexo que contiene los argumentos que, a nuestro juicio, justifican la inexequibilidad de la restricción de la adopción para las parejas homosexuales.

En primer lugar, partiendo de la base de que el trato desigual entre las parejas homosexuales y los heterosexuales se presume inconstitucional por cuanto se funda en un criterio sospecho de distinción, a saber, la orientación sexual, aplicamos el test estricto de proporcionalidad al tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales en cuanto a la posibilidad de adoptar. Para tal efecto, demostramos que la justificación que usualmente se utiliza para negar dicha posibilidad, a saber, la protección de la familia y del interés superior del menor, se sustenta en dos presupuestos erróneos. El primero es que la única familia que reconoce y protege la Constitución es la familia heterosexual y monogámica. Sostenemos que este presupuesto se sustenta en una interpretación equivocada del artículo 42 de la Constitución, en la medida en que se basa únicamente en una aplicación desacertada del criterio de interpretación histórico subjetivo, al paso que desconoce los criterios de interpretación literal, sistemática y teleológico. El uso de estos criterios pone en evidencia que la Constitución reconoce y protege diversos tipos de familia, y que por tanto no hay razón para excluir de tal protección a la familia que surge de la unión homosexual.

El segundo presupuesto es que el interés superior del menor se garantiza si únicamente se permite su adopción por parte de una pareja heterosexual. Para controvertir esto, demostramos que la mayoría de los estudios científicos acerca de los efectos que puede ocasionar en un menor el hecho de ser criado en un ambiente homoparental coinciden en que no se evidencia una afectación negativa en el desarrollo del menor. Con todo, dado que existen algunos estudios que discrepan de esta posición mayoritaria, aportamos algunas ideas sobre la función del juez constitucional en la valoración de pruebas empíricas, y concluimos que la regla constitucional adecuada que debe formularse en el presente caso es que mientras no exista un daño cierto y comprobado –tal como sucede en el tema de la

adopción por parejas homosexuales— no puede ejercerse una restricción de derechos fundamentales, máxime cuando está de por medio una categoría constitucionalmente sospechosa en materia de igualdad.

Después de controvertir los presupuestos erróneos, pasamos a aplicar el test de estricto de proporcionalidad. En relación con la protección de la familia heterosexual argumentamos que **no es un fin constitucionalmente legítimo e imperioso porque aquella no es la única familia que goza de protección constitucional.** Acto seguido sostenemos que aún si se insiste en esta idea, el trato desigual no resiste el segundo paso del test ya que no existe una relación de adecuación entre la finalidad enunciada y el medio escogido para alcanzarla pues si se acepta que las parejas homosexuales adopten, las parejas heterosexuales no verán menguada la protección que el orden jurídico les prodiga. En relación con la protección de la familia heterosexual nos remitimos a los argumentos expuestos en la demanda a la cual anexamos este escrito. En lo que respecta al interés superior del menor, indicamos que aunque es un fin constitucional legítimo e imperioso, el trato desigual dado a las parejas homosexuales es inadecuado e innecesario para alcanzar dicho fin pues, según la evidencia científica, la crianza en una familia homoparental no perjudica el desarrollo y bienestar del menor. Concluimos que al no tratarse de una medida necesaria ni adecuada, tampoco se satisface el criterio de estricta proporcionalidad, pues no existen beneficios que se deriven de tal medida, mientras que la misma sí genera graves costos en materia de la garantía de derechos fundamentales, concretamente del derecho a la igualdad de las personas homosexuales que conviven en pareja.

I. APLICACIÓN DEL TEST ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD

La orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La Corte ha definido los criterios sospechosos de la siguiente manera: *“pueden ser consideradas sospechosas y potencialmente prohibidas aquellas diferenciaciones (i) que se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; además (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; en tercer término, esos puntos de vista (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Finalmente, (iv) en otras decisiones, esta Corporación ha también indicado que los criterios indicados en el artículo 13 superior deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por*

el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias."¹

Aplicando estos requisitos debe recordarse en primer término que la orientación sexual es un rasgo permanente del cual no se puede prescindir sin perder la identidad. Como lo estableció la sentencia C-481 de 1998, la homosexualidad es una opción legítima de expresión del libre desarrollo de la sexualidad amparada por la Constitución (Arts. 1, 13, 16 C.P.) y que merece igual protección por parte del Estado. En segundo lugar, la homosexualidad ha sido una característica que ha sido históricamente usada para establecer gravosas discriminaciones, por ejemplo, la penalización, la exclusión de cargos públicos, abusos por parte de las autoridades públicas, agresiones de los particulares, degradantes situaciones carcelarias y discriminación en escenarios vitales para el bienestar, tales como la educación, el trabajo y la salud. La Corte, a través de su extensa jurisprudencia, ha podido verificar las distintas formas de discriminación a las cuales han estado sometidas las personas homosexuales que, pese a haberse reducido en el plano legal, persiste socialmente. En tercer lugar, la orientación sexual no es un criterio para distribuir bienes, derechos o cargas. Finalmente, la orientación sexual se entiende protegida por el artículo 13 de la Constitución y el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, bajo la categoría de sexo, tal y como lo ha establecido la Corte Constitucional² y el Comité de Derechos Humanos (Caso *Toonen c. Australia*, *Young c. Australia* y *X c. Colombia*).

Dado que la imposibilidad de que las parejas homosexuales adopten se basa en un criterio sospechoso de discriminación, es procedente aplicar el test estricto de proporcionalidad.

El primer paso del test estricto de proporcionalidad consiste en determinar si el trato desigual obedece a un fin constitucional que sea imperioso y constitucionalmente legítimo. En lo atinente a la cuestión de la adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales dos son los fines que usualmente se han esbozado para justificar el trato desigual: (i) la protección de la familia —que según la interpretación de la Corte sería la heterosexual y monogámica—, y (ii) la protección del interés superior del menor.

En la sentencia C-814 de 2001 que declaró la exequibilidad de la disposición del ya derogado Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) que excluía a las parejas

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001

² Ver Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998. En la sentencia C-336 de 2008, la Corte precisó sobre este asunto: "*Si bien, con las expresiones atacadas el legislador propende por un sistema de protección acorde con los mandatos del artículo 48 de la Carta Política, sin embargo, la búsqueda de este propósito, así como su potestad de configuración, no lo habilitan para sacrificar principios y derechos considerados de mayor entidad dentro del modelo que caracteriza al Estado social de derecho, pues al redactar las expresiones demandadas generó una situación de abierta discriminación en contra de una comunidad que, como la homosexual, es considerada parte de una clasificación sospechosa en cuanto proviene de una distinción fundada en razones de sexo, distinción proscrita por el inciso primero del artículo 13 de la Constitución.*"

homosexuales de la posibilidad de adoptar, la Corte se refirió a tales fines en los siguientes términos:

"A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener la familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, [...]. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores"³.

Aunque tanto la protección de la familia como la del interés superior del menor son fines constitucionalmente imperiosos y legítimos, estimamos que los mismos no justifican el trato desigual prodigado a los compañeros permanentes homosexuales en materia de adopción. Esto es así por cuanto la invocación de tales fines parte de presupuestos erróneos, a saber, (i) que el único tipo de familia que goza de protección constitucional es la familia heterosexual, y (ii) que el interés superior de los menores se protege garantizándoles que solo puedan ser adoptados por una pareja heterosexual. A continuación nos referiremos a tales presupuestos con el objeto de demostrar que los mismos carecen de justificación y, acto seguido, procederemos a aplicar el test estricto.

1. Presupuestos para la aplicación del test

a. La familia que goza de protección constitucional no se restringe a la que se constituye a partir de la unión de un hombre y una mujer

La Corte ha sostenido de manera reiterada que la familia que protege la Constitución es la heterosexual y monogámica. Tal postura se afina en una posible interpretación del artículo 42 de la Constitución que en su primer inciso dispone que "[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

Esta interpretación es explicada de modo amplio en la sentencia C-814 de 2001 en la cual la Corte declaró la exequibilidad de la restricción de la adopción a las parejas conformadas por un hombre y una mujer establecida en el Código del Menor que fue derogado por la Código para la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). En dicho fallo se indica que con base en una interpretación literal del citado inciso puede razonablemente afirmarse que la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual pues a eso se refiere inequívocamente la expresión "por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". Se advierte además

³ Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

que no es admisible realizar una interpretación aislada de la expresión "*por la voluntad responsable de conformarla*" para deducir que esta se refiere a familias distintas de la conformada entre un hombre y una mujer. En apoyo de tal tesis acude al criterio de interpretación histórica señalando que en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate que fue presentada en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente se entendió que tal expresión obedecía al propósito de "*eleva a canon constitucional el reconocimiento de la protección jurídica a las familias que surgen de la unión libre entre un hombre y una mujer, protección superior que dicha familia no había obtenido hasta entonces, a pesar del régimen legal existente en ese momento, contenido en la entonces recién expedida Ley 54 de 1990*"⁴. Agrega que de la discusión sobre la regulación de la familia en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente no puede inferirse que existiera la misma intención de proteger como familia "*otras formas de unión como pudieran serlo la conformada por parejas homosexuales, o las que emanan de las relaciones poligámicas o poliándricas*"⁵. De conformidad con estos planteamientos la Corte concluye que la protección especial de la familia comprende a las "*familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conforma la familia, se vincula a la familia heterosexual*".

Si bien la anterior interpretación parece razonable, es equivocada pues atribuye una fuerza exagerada a un hecho ambiguo del proceso constituyente, con lo cual llega a una conclusión que no solo contradice el propio tenor literal del artículo 42 de la Carta sino los valores, principios y derechos de la Constitución, así como la dinámica evolutiva que la propia Carta confirió al entendimiento de los derechos fundamentales. Veámoslo.

Por un lado, es necesario tener en cuenta que el llamado criterio histórico tiene a nivel de la interpretación jurídica un alcance limitado, no solo porque corre el riesgo de petrificar el significado de la Constitución, sino además, y sobre todo, por cuanto nunca es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un determinado artículo fue incorporado a la Constitución, y menos aún precisar las razones por las cuales una propuesta de reforma no fue aprobada. Eso ha sido reconocido en general por alguna de la doctrina más autorizada sobre el tema⁶ que considera que los criterios histórico-subjetivos representan una metodología interpretativa inapropiada porque es muy difícil establecer la voluntad o los propósitos de cuerpos plurales, como los congresos o las asambleas constituyentes, y que por ello es necesario atenerse a los textos que efectivamente fueron aprobados y no intentar determinar el espíritu de las normas o presuntas intenciones de esos cuerpos plurales. Y esto es válido no solo frente a las normas aprobadas, sino también

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001.

⁵ *Ibid.*

⁶ Al respecto véase las observaciones de Chaim Perelman en *La lógica jurídica y la nueva retórica* (tr. de Luis Díez-Picazo), Madrid: Civitas, 1979, p. 55. En materia constitucional, ver Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia* (tr. de Claudia Ferrari), Barcelona: Gedisa, 1992

frente a los silencios constitucionales o a los rechazos de propuestas específicas debatidas en esas asambleas.

Esas objeciones son sin lugar a dudas serias, lo cual explica que incluso ciertos ordenamientos jurídicos, como el inglés, hayan prohibido durante mucho tiempo que los jueces recurrieran a los antecedentes de las leyes para intentar determinar su significado. Igualmente, la Corte Constitucional ha también señalado que no se deben extraer conclusiones indebidas del examen de los debates constituyentes y que debe entonces predominar una interpretación sistemática y finalista del texto constitucional, tal y como este fue aprobado, y no recurrir a hipotéticas intenciones de la Asamblea Constituyente. Al respecto, esta Corporación sostuvo en alguna oportunidad:

*"Finalmente, vale la pena anotar que el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente haya desechado una propuesta del gobierno que ponía en manos de los jueces la adopción de las medidas de aseguramiento, no respalda una interpretación dirigida a negar toda intervención de los jueces de la República en la fase investigativa; más que la intención del autor de la Carta, cuenta en este caso la que se extrae del propio texto constitucional, que se encauza en sentido contrario al que favorecen las consecuencias que, sin mayor rigor, se quiere derivar de la voluntad del constituyente"*⁷.

Con lo anterior no estamos desechando el criterio histórico subjetivo, que puede ser útil para determinados debates hermenéuticos y que ha sido usado por la Corte en ciertas ocasiones, en especial para optar entre interpretaciones diversas que surgen del examen literal, sistemático y teleológico de las disposiciones constitucionales. Lo que creemos es que no se puede derivar de la aprobación por la Asamblea Constituyente de la propuesta de incluir dentro del concepto de familia a los compañeros permanentes heterosexuales, la conclusión de que esta propuesta determina la imposibilidad constitucional de incluir dentro de tal concepto a las parejas del mismo sexo. Se trata de una simple suposición infundada pues el que no se hubiera incluido una protección específica a las familias conformadas por parejas del mismo sexo no indica que esta posición haya sido rechazada, máxime si se tiene en cuenta que en el seno de la Asamblea Constituyente no se dio ningún debate al respecto. La interpretación más razonable de este hecho sería que los constituyentes reconocieron un hecho social – la existencia de familias conformadas en unión libre por parejas heterosexuales – y lo protegieron. Pero este hecho no puede interpretarse como una exclusión o rechazo de otras formas de conformar familia.

En este punto es importante además destacar la diferencia entre las cláusulas constitucionales especiales y las exceptivas. En la sentencia C-814 se realiza una interpretación equivocada del sentido y alcance de los debates en la Asamblea Constituyente en torno al reconocimiento de la familia constiuida por compañeros permanentes heterosexuales. Tal interpretación se basa en el supuesto erróneo de que la

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-395 de 1994, MP. Carlos Gaviria Díaz.

intención de la Asamblea al proteger la unión heterosexual fue establecer una regla exceptiva según la cual la familia *únicamente* puede constituirse entre un hombre y una mujer. Sin embargo, reparando exclusivamente en el tenor de la norma que resultó aprobada, se advierte que la misma no establece una excepción de la cual se derive la prohibición del reconocimiento de la familia constituida por personas del mismo sexo. Dado que las excepciones deben ser expresas y que para su formulación es ineludible el uso de adverbios de modo como *únicamente*, *solo*, *solamente* o, en caso de que la excepción se formule a continuación de una regla general, a través de preposiciones como *excepto* o *salvo*, no es posible sostener que el artículo 42 formula una regla exceptiva o excluyente en relación con la distinción sexual de las personas como requisito para constituir una familia. Más adecuada resulta la interpretación según la cual el artículo 42 contiene una regla especial que impone al legislador reconocer la familia heterosexual que nace de la unión libre, pero que esto no implica la desprotección de otros tipos de familia, como la que surge de una unión homosexual. La Corte ha dicho acerca de la diferencia entre reglas exceptivas y reglas especiales que:

[...] la estructura de una regla especial es la siguiente: si ocurre A entonces es obligatorio B. La estructura de una regla exceptiva es diversa pues asume esta forma: si ocurre A, y solo si ocurre A, entonces es obligatorio B. Por ello, las reglas constitucionales de carácter específico no restringen la actividad legislativa ordinaria sino que consagran una obligación constitucional directa. Nada impide entonces que el Legislador pueda establecer discrecionalmente otros supuestos fácticos a los cuales vincule idénticas consecuencias. Una regla constitucional específica regula positivamente un grupo de hechos y les adscribe una consecuencia, pero no impide que otros hechos, de acuerdo a la discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para asignarles los mismos efectos⁸. (subraya fuera de texto)

Los debates de la Asamblea Constituyente revelan que la intención fue establecer una regla especial relativa a la protección de las uniones libres constituidas por personas de distinto sexo, mas no una regla exceptiva que excluya de tal reconocimiento a las uniones conformadas por personas del mismo sexo y, en general, a otros tipos de familia. De hecho,

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001. En esta sentencia se ahonda en la naturaleza de las reglas especiales, ofreciendo un ejemplo que para el caso resulta ilustrativo: "[l]as reglas especiales son comunes dentro de nuestro ordenamiento, y su interpretación debe pasar por un cuidadoso análisis de su naturaleza, para evitar conclusiones irrazonables. Sería un absurdo por ejemplo, sostener que el artículo 81 de la Carta, al establecer que el 'Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional', en realidad está prohibiendo que el Estado regule el ingreso o la salida de otro tipo de recursos naturales. En este punto, el Constituyente tampoco creó una regla exceptiva sino un mandato especial, que desarrolla principios constitucionales, como la protección de la biodiversidad. El artículo 81 elevó a rango constitucional la obligación del Estado de regular el ingreso y salida de recursos genéticos, pero ella no excluye que el Legislador, para proteger el medio ambiente y la biodiversidad, pueda establecer otras reglas similares para otros recursos naturales distintos a los recursos genéticos".

así precisamente lo entendió el constituyente al incluir otros modelos familiares en el propio texto constitucional.

En efecto, la interpretación histórica acogida por la sentencia C-841 de 2001 va contra el tenor literal inequívoco de la norma aprobada por la propia Asamblea Constituyente en la cual claramente se reconocen tipos de familia distintos a la familia fundada en el matrimonio y en la unión de hecho entre parejas heterosexuales. Evidencia de ello es la interpretación armonizante sobre la materia que ha sido repetidamente acogida por la Corte Constitucional que en distintos fallos ha reconocido la existencia de tipos de familia diferentes a la familia formada por una pareja monogámica y heterosexual. Y, además del reconocimiento, la Corte ha señalado la obligación constitucional de protección de estos tipos de familias.

Uno de estos tipos de familia reconocido y protegido por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional es aquella conformada por madre o padre cabeza de familia⁹. De hecho, el propio artículo 43 de la Constitución consagra una especial protección para la "mujer cabeza de familia". ¿Cómo podría armonizarse entonces una interpretación del artículo 42 que reconozca exclusiva protección de la familia fundada en la pareja heterosexual con esta protección especial del artículo 43? Una respuesta a esta pregunta que permita armonizar las dos disposiciones impone acudir a un entendimiento más amplio del concepto de familia.

Así las cosas, la única interpretación que cabría en este caso es aquella fundada en la idea de que el artículo 42 de la Constitución admite regulaciones distintas de los diversos tipos de familia, siendo una de ellas la protección especial a las familias fundadas en uniones de parejas heterosexuales y madres cabeza de familia. No obstante, ello no quiere decir que la Constitución desconozca o desproteja otros tipos de familia, lo cual incluye obviamente a las familias fundadas en parejas del mismo sexo, las cuales tienen unos requerimientos análogos de protección a los de las parejas heterosexuales, tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional citada al inicio del presente concepto.

Este tenor literal y sistemático armoniza además con un entendimiento teleológico y evolutivo acorde con los principios constitucionales de pluralismo, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, así como con el derecho internacional de los derechos humanos. Además, es una visión más comprensiva de la realidad social imperante sobre las relaciones familiares y la protección de los distintos tipos de familia.

De hecho, la Corte Constitucional ha aplicado ya este criterio teleológico y evolutivo al reconocer y proteger otros tipos de familia. Por ejemplo, aquella familia conformada por un solo padre o madre adoptante con un hijo adoptado¹⁰. Otro tipo de familia reconocida por la

⁹ Ver, por ejemplo, Sentencia C-184 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda y Sentencia T-290 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ Cfr. Sentencia T-090 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

*objetivamente produzca daño social*¹⁴. Igualmente, el derecho a conformar una familia es un derecho humano fundamental que no puede ser limitado por la mayoría política, y menos aún por razones claramente discriminatorias.

Según lo expuesto, es claro que existen argumentos de interpretación literal, sistemática y finalística que contradicen ampliamente el modelo argumentativo que sustenta la sentencia C-814 de 2001, el cual se basa en un ambiguo criterio histórico subjetivo de interpretación. En consecuencia, como hemos demostrado, está en entredicho la legitimidad o suficiencia del objetivo constitucional que justificaría la restricción realizada por el legislador. En efecto, si el concepto de familia es interpretado de la manera armónica que se ha propuesto en este concepto, la protección de la familia heterosexual no puede ser reconocida como un objetivo constitucional legítimo pues esto implica desconocer otros tipos de familia que también son merecedoras de protección constitucional, tal como lo es la familia constituida por compañeros permanentes homosexuales. De conformidad con lo expuesto, el trato desigual no sobrepasa el primer paso del test de proporcionalidad, el cual es un requisito en todos los grados de escrutinio, desde el más estricto hasta el más suave.

b. La protección del interés superior de los menores no implica que estos solo puedan ser adoptados por parejas heterosexuales

El presupuesto según el cual la negación de la adopción por parte de compañeros permanentes homosexuales es imperiosa para garantizar el interés superior de los menores tiene una variante estrictamente jurídica y otra de carácter empírico. La primera de estas variantes es la expuesta en la sentencia C-814 de 2001 en la cual se indica que el interés superior del menor se garantiza permitiendo que este solo pueda ser adoptado por la familia protegida constitucionalmente, esto es, por la familia que surge del matrimonio o la unión entre un hombre y una mujer. Dado que esta variante depende del presupuesto erróneo de que la Constitución únicamente protege este tipo de familia, la misma resulta carente de fundamento. En efecto, considerando que la Constitución reconoce y protege otros tipos de familia, la idea según la cual se debe garantizar que los menores sean adoptados por una familia que goce de protección constitucional no implica que la posibilidad de adoptar deba restringirse a las parejas heterosexuales. De hecho, tanto la legislación como la jurisprudencia constitucional, al permitir y reconocer como válida la posibilidad de que una persona soltera adopte a un menor, contradicen la variante jurídica del presupuesto en cuestión.

En efecto, el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 dispone que las personas solteras pueden adoptar si satisfacen los requisitos establecidos para tal fin (capacidad, haber cumplido 25 años de edad, tener al menos 15 años más que el adoptable, y garantizar idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente). Siguiendo el razonamiento de la sentencia C-814 de 2001, podría pensarse que la posibilidad de que una persona soltera adopte desconoce el interés superior

¹⁴ Ibid.

del menor en cuanto no se garantiza que este sea adoptado por la familia reconocida por la Constitución que sería, según lo dicho por la jurisprudencia constitucional, la constituida por un hombre y una mujer. Sin embargo, la misma Corte ha reconocido que tal posibilidad es válida. Así, en un proceso de tutela en el que se alegaba la vulneración del derecho fundamental de un menor a tener una familia por cuanto había sido dado en adopción a un hombre soltero de nacionalidad española y no a una pareja heterosexual italiana, a pesar que ambos solicitantes habían cumplido los requisitos necesarios para adelantar la adopción, la Corte consideró que no existía tal vulneración. Indicó al respecto que:

"La decisión del ICBF de asignar a Julio al solicitante español, respetó los criterios establecidos por la jurisprudencia que protegen el interés superior del menor.

[...] habida cuenta la consolidación psicológica del solicitante español como padre para el menor, el tiempo que el menor ha esperado ser entregado a su nueva familia y las distintas reacciones que la espera le ha causado en desmedro de sus expectativas y de la confianza en sí mismo.

[...] el Comité tomó su decisión de acuerdo a la idoneidad de los solicitantes respecto del menor Julio y, como no se ha desvirtuado que el elegido es idóneo, ni se ha demostrado que el menor estaría expuesto a riesgos de ser entregado al adoptante español, no puede esta Sala concluir que la decisión del Comité de Adopciones vulnera el interés superior del menor, así no se haya considerado a la pareja italiana."¹⁵ (subraya fuera del original)

Más aún, si se advierte que la orientación sexual de la persona es irrelevante dentro de las condiciones para adoptar y que, en tal sentido, una persona soltera homosexual puede adoptar, el impedimento para que una pareja homosexual adopte se muestra aún más carente de sustento jurídico.

Ahora bien, la otra variante del presupuesto acerca del interés superior del menor es de carácter empírico y se refiere a los efectos que puede ocasionar en un menor el hecho de ser criado en un ambiente homoparental. La existencia de extendidos y profundos prejuicios sociales que sustentan la inconveniencia de que los menores sean adoptados por parejas homosexuales, así como la tendencia a patologizar las relaciones sociales y comportamientos que no se ciñen a los parámetros de lo que es calificado como normal por las corrientes sociales dominantes, han motivado la realización de estudios científicos orientados a establecer si tales prejuicios encuentran o no asidero en la realidad.

La existencia de la evidencia empírica sobre este tópico comporta significativos retos acerca de la posición que debe asumir el juez constitucional ante tal evidencia. En virtud de tal situación, a continuación nos permitimos exponer una serie de consideraciones que estimamos resultan de utilidad para afrontar tales retos. Ahora bien, es importante aclarar que la referencia a tales estudios, así como la indicación de los parámetros que a nuestro

¹⁵ Sentencia T-090 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

juicio deben orientar la valoración que de ellos haga el juez constitucional, no implica una convalidación de los prejuicios que explican la realización de los estudios. Tales prejuicios obedecen a razones discriminatorias y, en este sentido imponer la carga de acudir a la evidencia empírica para demostrar la irracionalidad de tales prejuicios pone precisamente a la población discriminada en la obligación de probar que no existe sustento para la discriminación.

La evidencia científica existente y su uso por parte del juez constitucional

En el proceso de constitucionalidad sobre el tema de la adopción de parejas en el que finalmente se profirió fallo inhibitorio¹⁶, la Corte Constitucional solicitó a un grupo de facultades de sicología que presentaran “*conceptos de carácter científico, especialmente psicológicos, con respecto al efecto que podría tener sobre los menores el hecho de ser adoptados y convivir con parejas de un mismo sexo*”. Algunas universidades contestaron al llamado de la Corte y aportaron un balance del estado del arte en el campo psicológico sobre la materia. Varios de estos conceptos coinciden en señalar que la comunidad científica internacional ha llegado mayoritariamente a la conclusión de que la orientación sexual de los padres no influye negativamente en el desarrollo de los hijos.

Ahora bien, como se verá más adelante, los conceptos se nutren de la opinión de la comunidad científica tanto mayoritaria como más reconocida a nivel mundial en la materia. No obstante, los conceptos reconocen que sobre el tema se han presentado algunos debates, cambios de paradigma, y que actualmente subsisten posiciones minoritarias divergentes. Esta situación, a nuestro juicio, requiere que la Corte Constitucional avance hacia un criterio de interpretación constitucional que permita valorar de la mejor manera aspectos de prueba empírica como estos.

Para desarrollar este punto dividiremos nuestro argumento en tres partes. En primer lugar, presentaremos de manera rápida las principales conclusiones de los conceptos que fueron presentados en aquella oportunidad, y que bien puede la Corte usar en este proceso, para lo cual le bastaría incorporarlos, por un traslado de prueba, al presente expediente. En segundo lugar, analizaremos la forma en la que la Corte se ha acercado a conceptos científicos en el pasado y, a partir de allí, cómo debería decidir en el caso concreto. En tercer lugar, presentaremos las conclusiones de este modelo de interpretación que proponemos al caso concreto, con lo cual demostraremos que en este caso no se justifica la exclusión de las parejas del mismo sexo de la adopción.

Los principales postulados de los conceptos científicos

Los conceptos aportados a la Corte convergen en un principio fundamental: los resultados de la investigación existente que compara padres gays y lesbianas con padres

¹⁶ Sentencia C-802 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

heterosexuales confirman que los estereotipos comunes no están soportados por la investigación científica.

En este sentido, por ejemplo, el estudio sometido por el Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes cita un concepto emitido por el Consejo de representantes de la *American Psychological Association* (APA), expresado en su Resolución sobre Orientación Sexual, Padres y Niño-as, en la cual se sostiene que “no existe evidencia de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los padres: las parejas de padres lesbianas y gays, al igual que las heterosexuales, proveen ambientes saludables y de soporte a sus niños-as”¹⁷.

En consecuencia, el concepto concluye que “la orientación sexual per se no constituye una condición que determine o explique diferencias en el desarrollo psicológico de lo-as hijos de parejas homosexuales”. Así, a juicio del Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes, los retos en el bienestar y la calidad del desarrollo psicológico de los hijos se encuentran distribuidos por igual entre las personas con orientaciones sexuales diferentes en la población.

En apoyo a estas conclusiones, el concepto presentado por el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia sostiene que la sociedad actual tiende cada vez más hacia un modelo de paridad entre las funciones de cuidado y proveeduría económica independiente del sexo en la familia actual. Por ello, tanto la maternidad como la paternidad pueden ser asumidas independientemente de la orientación sexual y de la composición familiar. Ello se ve reflejado, a su vez, en diversos tipos de función parental: menores a cargo de integrante de la pareja sexual, menores a cargo de la pareja sexual o familiares que quedan a cargo de la custodia temporal o permanente de hijas o hijos.

En concordancia, los estudios sobre psicología y homoparentalidad citados por el concepto de la Universidad Nacional concluyen que la dinámica familiar de las parejas homosexuales incluso ofrece un modelo más igualitario en el aprendizaje de los roles de género que la dinámica familiar de parejas heterosexuales con menores a cargo. De acuerdo con estos estudios “[l]as hijas o hijos de padres gay o madres lesbianas están más preparados para asumir la flexibilidad en los roles de género que exige la sociedad actual, así como las futuras funciones parentales y deciden optar por ellas”.

Los conceptos científicos presentados por las universidades son igualmente convergentes en señalar que de acuerdo con la literatura científica disponible, los estereotipos o temores sociales relacionados con la crianza de menores por parte de padres homosexuales son infundados. Veamos.

¹⁷ La Cita original es la siguiente: *Resolution on Sexual Orientation, Parents, and Children*. Adopted by the APA Council of Representatives, July 2004. <http://www.apa.org/pi/lgbcpolicy/parentschildren.pdf>.

El primero de estos temores es que el desarrollo e identidad sexual del menor se vea afectado. Es decir, que los niños criados por gays y lesbianas muestren trastornos en su identidad sexual o en su rol sexual, o como se ha sugerido, que se vuelvan gays y lesbianas también. Al respecto, el concepto presentado por la Universidad de Los Andes concluye que *“la investigación empírica de alta calidad muestra que los hijos de las parejas lesbianas, gays y bisexuales no solo no presentan déficits en el desarrollo, sino que su identidad sexual es mayoritariamente heterosexual”*. En ese sentido, el estudio determina que los retos de la familia contemporánea de cara al desarrollo de una identidad acorde con los tiempos, implican que los padres desarrollen roles de género parentales mucho menos estereotipados y diferenciados según el modelo binario de género, el cual a todas luces está mostrando desfases culturales importantes.

De hecho, el estudio de esta Universidad no encontró consecuencias en los tres aspectos relacionales: la identidad de género, el rol de género y la orientación sexual. En primer lugar, los estudios adelantados en niños con un rango de edad entre 5 y 14 años criados por parejas de mujeres lesbianas han mostrado que *“el desarrollo de la identidad de género sigue el patrón esperado”*. En segundo lugar se señaló que un importante número de estudios han reportado que *“el rol de género y los roles sexuales de lo-as hijo-as de madres lesbianas se mantienen dentro de los límites convencionales típicos”*. Tampoco se encuentran diferencias en las preferencias de juguetes, actividades, intereses o elecciones ocupacionales entre los hijos de las diferentes tipos de parejas. Finalmente, se adujo que en todos los estudios incluidos en el estado del arte, la mayoría de los hijos de parejas lesbianas y gays se describen a sí mismos como heterosexuales. Así las cosas, *“tomada en conjunto, la literatura no sugiere tasas elevadas de homosexualidad entre los hijos de las parejas del mismo sexo”*.

Una segunda categoría de temores involucra aspectos del desarrollo personal del niño además de su identidad sexual. Se ha expresado miedo por que los niños en custodia de gays y lesbianas sean más vulnerables a enfermedades mentales, exhiban mayores dificultades de adaptación y problemas del comportamiento y sean “menos sanos” psicológicamente que otros niños. Sobre la materia, el concepto presentado por la Universidad de los Andes resaltó que la homosexualidad no constituye un factor que explique diferencias psicosociales entre las personas. Por su parte, el concepto remitido por la Universidad Nacional de Colombia sugiere que *“los estudios sobre roles de género y bienestar psicológico muestran que la convivencia de menores de edad con parejas de mismo sexo produce efectivos positivos en el aprendizaje de la identidad sexual aceptando la homosexualidad de sus padres o madres y desarrollando un ajuste psicosocial adecuado en todos los escenarios de socialización de la vida cotidiana: familia, escolarización y uso del tiempo libre”*.

Finalmente, una tercera categoría de temores es que los hijos de gays y lesbianas pueden experimentar dificultades en sus relaciones sociales. Por ejemplo, los jueces han expresado repetidamente su preocupación por los niños que viviendo con madres lesbianas o padres gay puedan ser estigmatizados, maltratados o victimizados por sus pares. Otra

preocupación frecuente es que los niños que viven con padres gays o lesbianas sean propensos a ser víctimas de abuso sexual por su padre o amigos de sus padres. Al respecto el concepto de la Universidad Nacional fue enfático al afirmar que los riesgos en el ajuste psicosocial para hijas e hijos de parejas del mismo sexo no están asociados a la condición homosexual de sus padres o madres, sino al estigma que la sociedad hace caer sobre ellos. A partir del vínculo afectivo primario en los cuatro primeros años de vida las niñas y los niños aprenden a aceptar la homosexualidad de sus padres y madres, si los ven como cuidadoras y cuidadores responsables y comprometidos con la crianza. Para la Psicología Social, la protección del estado y las legislaciones antidiscriminación contribuyen a cambiar estigmas en función del género, la etnia y la opción sexual, en este caso.

La síntesis precedente muestra que la opinión mayoritaria de la comunidad científica es que la presencia de padres del mismo sexo no afecta de manera negativa el desarrollo del menor, por lo que no habría, conforme a la mayor parte de los conceptos, sustento para sostener que la adopción por parte de parejas del mismo sexo afecta el interés superior del menor. Con todo, es cierto que existen algunos estudios muy minoritarios que sostienen que en ciertos casos dicha adopción podría tener algún impacto negativo. La obvia pregunta que surge es la siguiente: ¿Cual debe ser la actitud del juez constitucional dada esa posible controversia científica, en donde hay una tesis claramente dominante pero algunas opiniones discrepantes? Ese es el punto que procedemos a abordar.

La intervención del juez constitucional en casos de controversia científica

Esta no es la primera vez en que la Corte Constitucional debe decidir sobre un caso en el que existe controversia científica respecto de la materia de la que se requiere un pronunciamiento del juez constitucional. Así, en casos similares la Corte ha sido consciente de que uno de los principios básicos de la ciencia, por ejemplo de la ciencia médica, es el principio de utilidad que supone el desarrollo de la experimentación y la investigación científicas en este campo con miras al perfeccionamiento de las técnicas médicas. La experimentación constante y los avances médicos y científicos hacen que, en general, muchos campos del conocimiento no permitan una certeza generalizada en diversas cuestiones. Incluso en muchos casos el desarrollo solo se encuentra a través del desafío de paradigmas consolidados en un determinado campo o ciencia. Igualmente, la investigación científica por su propia naturaleza da lugar a desacuerdos, a teorías que entran en tensión y a distintas formas de analizar realidades.

Frente a esta realidad científica podría argumentarse que los jueces constitucionales deben apartarse por completo de estos debates pues no tendrían condiciones para entrometerse en una controversia de la ciencia, al no tener mucho lugar para decidir cuando no existe certeza científica. Sin embargo, la Corte Constitucional se ha apartado de esta posición pues cuando existe la posibilidad de un daño eventual e injustificado de derechos fundamentales se suscitan debates constitucionales que corresponde al juez analizar y decidir. En esos casos, la Corte ha buscado hacer lo posible por establecer un puente de comunicación entre el derecho, la ciencia

y la academia, a fin de lograr la mejor decisión judicial posible para casos susceptibles de afectar derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de menores¹⁸.

En efecto, en un caso en que se debatía la posible vulneración de derechos fundamentales mediante una intervención quirúrgica a un menor intersexual, la Corte señaló:

“Así, es cierto que en principio deben evitarse al máximo las interferencias jurídicas y estatales en las discusiones científicas y en la evolución de la técnica, las cuales deben ser lo más libres posible, no solo para amparar la libertad de pensamiento sino también para potenciar la propia eficacia de las investigaciones científicas y estimular así el progreso del conocimiento (CP arts 20, 70 y 71). Sin embargo, en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas. Además, después de la Segunda Guerra Mundial, y en especial de Auschwitz, la ciencia en general, y la ciencia médica en particular, no pueden ser consideradas impermeables a la ética ni al derecho, como lo muestra la propia expedición, por el Tribunal de Nuremberg, del llamado Código de Nuremberg, que establece una reglas mínimas aplicables en toda investigación sobre seres humanos”¹⁹.

Así las cosas, una primera conclusión en este análisis es la legitimidad del juez constitucional para decidir sobre materias que amenacen con la vulneración de derechos fundamentales, aun cuando esta posible vulneración se derive de un tema que presente controversia científica. Aplicado al caso concreto diríamos entonces que la evidencia científica existente constituye un importante elemento para la decisión del juez constitucional en cuanto a la respuesta a la pregunta de si existe un riesgo de afectación de los derechos fundamentales de los menores que pudieran ser adoptados por parejas del mismo sexo, y si de acuerdo con tal evidencia, dicho riesgo tiene la certeza suficiente para ameritar una limitación a un derecho en cabeza de quienes pretender ejercer como adoptantes.

Ahora bien, si aceptamos tanto la importancia como las limitaciones del uso de la evidencia científica para la resolución de asuntos de entidad constitucional, debemos adentrarnos entonces en el debate sobre cuál debería ser el estándar de uso de esta evidencia empírica en el debate constitucional.

En primer lugar, los intervinientes consideramos que la falta de certeza científica sobre una materia no necesariamente indica una total indeterminación sobre el asunto. Es claro que en las escuelas de experimentación y pensamiento existen paradigmas, posiciones dominantes, posiciones minoritarias y teorías más propiamente justificadas que otras. En segundo lugar, el juez constitucional con apoyo de conceptos técnicos puede llegar a clarificar este estado del

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ *Ibíd.*

arte en un campo científico para, sin necesidad de juzgar, conocer cuáles de estas teorías o paradigmas cuentan con un grado de consolidación entre los expertos que permitan llegar a acuerdos e, incluso, verdades incontestables. En tercer lugar, con base en este estado del arte se puede estructurar un mecanismo de decisión judicial que permita operacionalizar el uso de esta prueba empírica que atienda a la necesidad de realizar un escrutinio judicial estricto en aquellos casos en las que exista una presunción de inconstitucionalidad de un trato diferenciado, como resulta cuando se trata de un criterio sospechoso.

Este dilema no es único del derecho constitucional colombiano. En el derecho comparado encontramos que jueces y tribunales de algunos países han buscado esquemas para decidir sobre situaciones en las que se abordan complicadas pruebas empíricas. De hecho, una tipología interesante es seguida por el derecho anglosajón en las instrucciones que reciben los jurados que tienen a su cargo valorar las pruebas y llegar a decisiones de responsabilidad a partir de estas en juicios civiles y penales. En este sentido, existe un estándar de tres tipos de valoración de la prueba.

El primero es el estándar de evidencia preponderante (*preponderance of the evidence*). En este caso el peso de la prueba es de tal grado que, aun cuando no alcanza a eliminar toda duda razonable, es suficiente para inclinar la razón de manera justa e imparcial a una conclusión y no a otra. Este es el nivel de prueba exigido en la mayoría de casos civiles, en los cuales los jurados son aleccionados para decidir a favor de quien presente la evidencia más convincente en general, a pesar de que puedan existir algunas dudas puntuales. Así, el estándar de la evidencia preponderante requiere que el juzgador simplemente considere que la existencia de un hecho es más probable que su inexistencia²⁰.

El segundo estándar es el de evidencia clara y convincente (*clear and convincing evidence*). En este caso se requiere que la evidencia indique que el hecho que se quiere probar es altamente probable o razonablemente cierto. Este estándar es más alto que el de la preponderancia de la evidencia, pero es menos exigente que el estándar requerido para casos penales, por ello en varios estados se exige en aquellos casos en que una parte solicita daños punitivos. Así, una parte en litigio provee evidencia clara y convincente cuando logra en la mente del juzgador una convicción permanente de que la verdad o los hechos que propone son altamente probables, lo cual lleva a pensar que existe una alta probabilidad de la corrección de la conclusión jurídica²¹.

El tercer y más exigente estándar es el aquel que se conoce como "más allá de la duda razonable" (*beyond reasonable doubt*). Este se refiere a la duda que previene a alguien de estar firmemente convencido de la culpabilidad de un acusado, o de la creencia de que existe una posibilidad real de que el acusado no es culpable. En este caso, por supuesto, el jurado debe

²⁰ Cfr. Metropolitan Stevedore Co. v. Rambo, 117 S.Ct. 1953.

²¹ Ver: International Seaway Trading Corp. v. Walgreens Corp., 599 F.Supp.2d 1307; ASARCO LLC v. Americas Mining Corp., 396 B.R. 278; Phillips v. Bowen, 115 F.Supp.2d 303; Thomas v. Nicholson, 423 F.3d 1279; Peterson v. Islamic Republic of Iran, 264 F.Supp.2d 46.

partir de la presunción de que el acusado es inocente. Así, se requiere que después de toda comparación y consideración de toda la evidencia, existe en la mente de los jurados una condición que impide que con toda certeza puedan considerar al acusado como culpable²².

Esta breve descripción nos permite entonces demostrar que es posible considerar modelos razonables de interpretación judicial que permitan operativizar los dilemas que expone el tratamiento de pruebas empíricas, incluyendo la prueba científica.

Ahora bien, a partir de este modelo, para el caso más específico de la prueba empírica que sustenta teorías científicas, podemos sostener que en muchos casos es posible clasificar el grado de certeza de esa prueba empírica. En primer lugar, algunas ciencias han alcanzado un grado de comprobación empírica tal que puede decirse que algunas teorías son imposibles empíricamente. Un ejemplo sería una teoría que sostenga que la tierra es plana. Si bien esa teoría fue sostenida por siglos como un paradigma incontestable, a partir de las teorías de Colón, Copérnico y Galileo Galilei empezó una teoría emergente que luego fue empíricamente comprobada con la observación espacial. Hoy en día, a partir de dicha observación, puede entonces considerarse como *imposible empíricamente* la teoría de que la tierra es plana. Otro ejemplo sería el de una teoría que contravenga las leyes elementales de la física, como sería decir que si lanzo una moneda al aire esta se va a suspender en el aire. Esta teoría desafía las leyes de gravedad comprobadas empíricamente.

En segundo lugar, dentro del rango de posibilidades de la experimentación empírica de acuerdo con las reglas de la probabilística pueden distinguirse varios grados. Así, una teoría puede ser *posible pero poco probable* de acuerdo con el grado de experimentación disponible. Por ejemplo, de acuerdo con las leyes de la estadística y probabilidad, si alguien tira una moneda al aire cien veces es posible, pero poco probable, que las cien veces la moneda caiga con la cara arriba. Asimismo, por tratar un ejemplo de la biología, es posible pero poco probable que una mujer quedé naturalmente embarazada por primera vez después de los 60 años.

Una tercera posibilidad argumentativa resulta de aquellas teorías cuyo grado de comprobación empírica comporta una probabilidad relativa en la que el resultado es más probable que improbable. Es decir, la teoría es *preponderante*. En este caso, el grado de probabilidad es mayor que el del anterior, pero aún así no ha podido ser empíricamente probado de manera que despeje mayoritariamente las dudas sobre la corrección de la formulación teórica. Un buen ejemplo de este grado sería la teoría del *big bang* y la creación del universo. En este caso, aun cuando las escuelas más reconocidas de astronomía y física del mundo acogen la teoría del *big bang*, no han podido comprobar empíricamente su validez más allá de la duda. Sin embargo, la teoría tampoco ha sido refutada empíricamente por otras teorías de manera contundente. Así las cosas, podemos decir que el *big bang* es la teoría preponderante en cuanto a la creación del universo.

²² Cfr. *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 320 (1850) (per Lemuel Shaw, J.) y Charles Herman Kinnane, *A First Book on Anglo-American Law* 562 (2d ed. 1952).

Una cuarta posibilidad, que resulta opuesta a la segunda, es aquella en que la teoría es no solo posible, sino además, *altamente probable*. En este caso, el grado de experimentación habría llevado a una comprobación empírica que prácticamente refuta cualquier otra posibilidad, pero aún subsiste un reducido margen de duda. Para usar los ejemplos antes tratados, este sería el caso de tirar la moneda cien veces al aire y formular la teoría de que existe un 50% de probabilidades que caiga sobre la cara. En este caso, de acuerdo con la probabilística, está prácticamente comprobado que esta sería la regla general. Ahora bien, en cuanto al ejemplo de la biología podríamos formular la teoría de que es *altamente probable* que una mujer de más de 60 años no podrá tener hijos de manera natural por primera vez.

Finalmente, en oposición a la primera categoría, estarían aquellas teorías que se basan en experimentación y comprobación empírica *más allá de toda duda razonable*. Aun cuando no podría hablarse de verdades absolutas en muchas de las ciencias, sí puede decirse que existen ciertas cuestiones cuyo grado de comprobación indican un altísimo grado de certeza. Por ejemplo, la teoría que sostiene que la tierra es redonda, o que los objetos que son tirados al vacío caerán al piso con base en las leyes de la gravedad.

El uso de una tipología de este tipo puede ayudar a decidir situaciones como la que suscita el presente caso. Consideramos que en casos como este en los que están en juego garantías reforzadas en la Constitución, el grado de razonabilidad exigido en la ponderación de opciones debe ser más limitado y, por ende, el papel del juez constitucional adquiere mayor relevancia. Estimamos entonces que se debe aplicar una regla de interpretación que lleve a un escrutinio mayor cuando las opciones sobre las que decide el legislador o la autoridad administrativa involucran la posible limitación de un derecho fundamental como es el de la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados. En este sentido, para que una limitación no sea ilegítima y desproporcionada debería considerarse que el legislador o la autoridad administrativa está habilitado para entrar a limitar el ejercicio de un derecho solamente cuando cuenta con comprobación empírica del más alto grado. Es decir, para efectos de salvaguardar la protección reforzada que prohija la Constitución, solo se podría usar criterios restrictivos cuando se cuenta con evidencia que indica que un resultado será *altamente probable*, o que las conclusiones están *más allá de toda duda razonable*.

La restricción de la adopción por parte de parejas homosexuales no satisface un estándar razonable de valoración de la prueba empírica

Aplicando este modelo al tema en cuestión concreto encontramos que, de un lado, existe una protección constitucional reforzada y que se deriva en la presunción de inconstitucionalidad de toda diferencia de trato que se base en la orientación sexual. Por otro lado, contamos con prueba científica que sugiere que el paradigma mayoritario y más reconocido en la materia refiere que no existe evidencia de que la crianza y educación familiar de menores por parte de parejas homosexuales afecte en modo alguno a los menores. A nuestro juicio, basar una restricción a un derecho en este estándar probatorio es altamente desproporcionado y, por ello, contrario a la Constitución y la jurisprudencia constante de la Corte.

De hecho, la Corte Constitucional ya se ha referido en este sentido en materias similares. Así, en la sentencia C-811 de 2007, al referirse a una norma cuyo alcance se encontraba determinado por la protección especial de la familia, la Corte hizo un análisis agudo de esta protección como objetivo buscado por la exclusión de las parejas del mismo sexo, y concluyó que esta no era necesaria para lograr ese propósito, el cual podía lograrse perfectamente con la inclusión de las parejas del mismo sexo, inclusión que en nada reduciría la protección acordada a las familias y parejas heterosexuales. Así, dijo la Corte:

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

De esa manera, la Corte afinó su jurisprudencia anterior, en la cual había considerado a la protección de la familia heterosexual como una justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a parejas heterosexuales. Tal interpretación debe entonces ser mantenida para el caso *sub judice*.

De otro lado, en lo que respecta a la protección del interés superior del menor, si bien se trata de un fin constitucional legítimo e imperioso, la medida de impedir que las parejas homosexuales adopten resulta inadecuada e innecesaria para alcanzar ese fin. Tal como lo explicamos ampliamente en el apartado precedente, la evidencia científica mayoritaria no respalda los prejuicios según los cuales el interés de los menores se vulneraría o pondría riesgo si son adoptados por una familia homoparental. En este sentido, la protección del interés del menor no precisa la prohibición de la adopción por parte de parejas homosexuales.

Concluimos que al no tratarse de una medida necesaria ni adecuada, tampoco se satisface el criterio de estricta proporcionalidad, pues no existen beneficios que se deriven de tal medida, mientras que la misma sí genera graves costos en materia de la garantía de derechos fundamentales, concretamente del derecho a la igualdad (Art. 13, CP) de las personas homosexuales que conviven en pareja.

En virtud de todo lo anterior, estimamos que no existen razones imperiosas que justifiquen la negación de la posibilidad de adoptar a las parejas homosexuales y que, por el contrario, la misma es inconstitucional. En tal sentido, en caso de que la Corte acceda a las pretensiones de la demanda en el sentido de reconocer el matrimonio para las parejas homosexuales, y en caso de que la Corte considera que debe inevitablemente, por razones

de unidad normativa, avocar el tema de la adopción por las parejas del mismo sexo, entonces solicitamos que para tal examen tenga en cuenta la argumentación relativa a la inconstitucionalidad de la exclusión de las parejas del mismo sexo de la adopción que hemos desarrollado en este anexo.