

**EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN COLOMBIA: UN DIÁLOGO CON LA
CONVENCIONALIDAD**

CATALINA GUTIÉRREZ ORTIZ

Maestría en Derecho de Estado con énfasis en Derecho Público

Director de Investigación

DR. JOSÉ RODRIGO VARGAS DEL CAMPO

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
BOGOTÁ D.C.**

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DE ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
PÚBLICO

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Secretaria General:	Dra. Martha Hinestroza Rey
Decana de la Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo.
Directora Departamento Derecho Constitucional:	Dra. Magdalena Correa Henao
Director de Tesis:	Dr. José Rodrigo Vargas del Campo
Examinador:	Dr. Mario Andrés Ospina Ramírez

RESUMEN

El objeto de esta investigación es determinar si el Estado colombiano, a través de sus diferentes operadores jurídicos, realizó un adecuado control de convencionalidad, al momento de definir si las parejas del mismo sexo tenían o no derecho a contraer nupcias. Para tal efecto, se expone la evolución que tuvo el reconocimiento de los derechos de los homosexuales en su ámbito individual y de pareja, así como también en el campo del matrimonio igualitario, análisis que se realiza tanto en el sistema colombiano, como en el interamericano. Finalmente, se hace un ejercicio descriptivo y analítico, para constatar si Colombia realizó una adecuada interpretación de las normas y principios de índole convencional, en las oportunidades en las que tuvo que pronunciarse sobre el derecho de las parejas gays a casarse.

Palabras clave: matrimonio, homosexual, matrimonio igualitario, uniones del mismo sexo, parejas heterosexuales, control de convencionalidad, derechos humanos.

ABSTRACT

The subject of this investigation, is determine whether the Colombian Government through its different legal operators, performed a “conventionality control” at the time of define either the same-sex couples had or non-rights to married. To this end, will show the development of the gays rights recognition both individual and relationship scopes in the Colombian and Interamerican legal system and Thereafter the same analysis will be carried out with regard of equality marriage. Finally, an analytical and descriptive exercise it shall be done to establish if Colombia perform made an adequate interpretations of rules, conventional treaty principles, in the opportunities which had to rule about the right of the same-sex couples to married, in order to establish whether the Colombia state could be internationally responsible or by contrast will exceed the “Concentrated Conventionality Control” at present.

Key words: Marriage, Homosexual, Equal Marriage, Same Sex Unions, Heterosexual Couples, Conventionality Control Doctrine, Law and Case Law.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL SISTEMA COLOMBIANO	6
1.1 SITUACIÓN EXISTENTE ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	7
1.2 PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	11
1.2.1 Periodo comprendido entre 1991 y 2006.	11
1.2.2 Periodo comprendido entre 2007 y 2011.	26
1.3. EL MATRIMONIO IGUALITARIO	36
1.3.1 Sentencia C-577 de 2011.....	38
1.3.2 Proyectos de ley presentados en acatamiento de la Sentencia C-577 de 2011.....	45
1.3.3 Situación de la formalización de las uniones homosexuales, con posterioridad al 20 de junio de 2013.....	48
1.3.4 Sentencia SU-214 de 2016.	51
CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	56
2. LA SITUACIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	61
2.1 RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LA POBLACIÓN DE CONDICIÓN SEXUAL DIVERSA.	61
2.2 MATRIMONIO IGUALITARIO.	70
CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	75
3. MATRIMONIO IGUALITARIO: UN DIÁLOGO CON LA CONVENCIONALIDAD.....	77
CONCLUSIONES FINALES.....	96
BIBLIOGRAFÍA.....	109
Fuentes doctrinales	109
Fuentes legales	115
Fuentes jurisprudenciales.....	123

INTRODUCCIÓN

Control de convencionalidad es un término acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a partir de las decisiones que adoptó desde el año 2006, entendiéndose como una herramienta a través de la cual dicho organismo (control concentrado) y las autoridades nacionales (control difuso) verifican la compatibilidad de una norma nacional, su interpretación y aplicación, con las que hacen parte del derecho interamericano, específicamente, en materia de derechos humanos, mecanismo que adquiere gran relevancia, cuando se trata del reconocimiento de garantías fundamentales a minorías, cuyos derechos han sido negados históricamente.

En el derecho colombiano, antes de que hiciera aparición la mencionada figura (control de convencionalidad) en el ámbito interamericano, la Corte Constitucional, mediante múltiples decisiones judiciales, efectuó el reconocimiento de derechos a estas minorías¹, especialmente y para lo que es objeto de este trabajo, a las personas con condición sexual diversa y a las parejas del mismo sexo, con fundamento en los nuevos preceptos que introdujo la Constitución de 1991 y los diferentes tratados internacionales que suscribió el Estado colombiano.

Sin embargo, dicho proceso no fue inmediato, sino que se trató de una reivindicación paulatina, que en su génesis se limitó al ámbito individual de los derechos de los homosexuales y, posteriormente, se amplió el espectro de protección a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Así, por ejemplo, en una primera etapa, esto es, en el periodo comprendido entre el año 1991 y el 2006, la Corte Constitucional, en varios de sus fallos, otorgó la condición de

¹ Por ejemplo, el alto tribunal ha reconocido derechos a las comunidades indígenas, minorías étnicas y políticas, personas con discapacidad física o mental, sujetos con condición sexual diversa, entre otras.

derecho fundamental a la libertad en materia de opciones vitales² y prohibió la injerencia institucional en materias íntimas³, siempre que no atenten contra la convivencia y organización social, por lo que expulsó del ordenamiento jurídico colombiano todas aquellas normas que establecieran tratos discriminatorios, con fundamento en la orientación sexual de una persona.

No obstante, el proceso resultó mucho más difícil, cuando se deprecó al tribunal constitucional salvaguardar no solo los derechos de las personas homosexuales como sujetos individualmente considerados, sino también en su ámbito de pareja.

Ciertamente, sobre ese tema se dictaron las primeras decisiones con posterioridad al año 2006, es decir, cuando había transcurrido un lapso superior a los quince años desde la adopción de la nueva Carta Política. Este periodo se caracterizó por la extensión de beneficios, en su gran mayoría de contenido económico, que inicialmente se reservaban para las parejas conformadas por personas de distintos sexos, a las uniones homosexuales.

Pese a lo anterior, el reconocimiento de las formas jurídicas en las cuales podían encuadrarse las uniones constituidas por individuos del mismo sexo, fue tema de amplio debate al interior de la Corte Constitucional, ante el silencio del poder legislativo, pues si bien se presentaron varios proyectos de ley para regular esa cuestión, ninguno de ellos logró aprobación, por circunstancias que se analizan en este trabajo.

² Entiéndase por opciones vitales, aquellas decisiones que adopta el individuo en pro de dirigir o determinar su existencia. Sobre el particular, ver Sentencia T-595 de 2017 (M. P. Carlos Bernal Pulido).

³ Es decir, que el Estado a través de sus instituciones, no puede imponer modelos específicos de opciones de vida a la población ni determinar algunos de ellos como válidos o inválidos, en especial, aquellos que solo influyen en la determinación del individuo. Respecto a este tema, ver Sentencia T-097 de 1994 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En un primer momento, la Corte Constitucional concluyó que las parejas del mismo sexo podían constituir una unión marital de hecho, en los términos que regula la Ley 54 de 1990⁴, extendiendo el ámbito de protección que establecía esa normativa.

No obstante, solo hasta el año 2016, con la Sentencia SU-214 de 2016, se otorgó la posibilidad a las uniones homosexuales de contraer matrimonio civil, en iguales condiciones de las que han tenido las parejas heterosexuales, con lo cual la Corte Constitucional buscó remediar el déficit de protección que existía en esta materia, aspecto reconocido incluso por esa misma Corporación en oportunidades anteriores.

De otro lado, en el plano interamericano, la Corte IDH ha dictado tres sentencias⁵, en sede contenciosa, que versan sobre el reconocimiento de derechos a la población LGBTI y una opinión consultiva que aborda el tema específico del matrimonio igualitario, pronunciamientos que acá también son objeto de análisis, con miras a establecer el marco de protección regional y confrontarlo con el colombiano.

Por esto, el objetivo principal de esta investigación es determinar si el Estado Colombiano efectuó un adecuado control difuso de convencionalidad en materia de matrimonio igualitario, que le permita, eventualmente, eximirse de responsabilidad internacional, en caso de someterse el asunto al control concentrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para cumplir esta meta, se lleva a cabo un análisis de los diferentes pronunciamientos que sobre el tema han proferido la Corte Constitucional y la Corte IDH, con miras a identificar el desarrollo que ha tenido en ambas Corporaciones.

⁴ Ello ocurrió mediante Sentencia C-577 de 2011 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁵ Casos (i) Atala Riffo y niñas vs. Chile; (ii) Duque vs. Colombia; y (iii) Flor Freire vs. Ecuador.

Además, se verifica acá si las autoridades colombianas, entendidas estas como las que conforman el poder legislativo, los órganos de control, los jueces y demás operadores jurídicos, cumplieron con su deber de realizar un adecuado control difuso de convencionalidad, de cara a proteger los derechos de las uniones homosexuales, para lo cual se examinan las diferentes actuaciones que adelantaron en dicho campo, aspectos que constituyen los objetivos específicos de esta investigación.

Con base en lo anterior, se busca comprobar que en el Estado Colombiano existió un déficit de protección de las uniones homosexuales, comoquiera que los operadores jurídicos llamados a salvaguardar sus prerrogativas, dejaron de efectuar un adecuado control difuso de convencionalidad. Lo anterior se verifica, por ejemplo, con las omisiones en que incurrió el poder legislativo, que se abstuvo de expedir la regulación pertinente; o, incluso, con la indebida interpretación de los criterios hermenéuticos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en tratándose del poder judicial.

No obstante, se trata de demostrar que la situación anómala se vio superada al haberse dictado la Sentencia SU-214 de 2016, que enmendó los yerros que se venían cometiendo, pues acogió algunos de los principios que la Corte IDH había desarrollado sobre el particular y otorgó a las parejas del mismo sexo una adecuada protección, permitiendo que formalizaran sus uniones a través del matrimonio civil.

Para cumplir los objetivos propuestos, se efectuó una recopilación de los principales pronunciamientos expedidos por los órganos judiciales antes mencionados, con miras a encontrar los conceptos relevantes para la resolución del problema planteado; además, se acudió a fuentes doctrinales respecto al matrimonio igualitario y al control de convencionalidad.

Así las cosas, en este estudio se analiza la situación de las parejas del mismo sexo y el derecho de dichas uniones a contraer matrimonio, examen que se realiza en ambos niveles, esto es, en el ordenamiento colombiano y en el sistema interamericano de derechos

humanos; para finalmente establecer si, en efecto, se adelantó por parte de las autoridades colombianas el control de convencionalidad difuso que les competía.

Con el fin de realizar la tarea, en un primer capítulo, se analiza el proceso de reconocimiento de derechos a las personas de condición sexual diversa, tanto a nivel individual como de pareja, para seguidamente examinar la regulación que existe sobre el matrimonio, desde su consagración constitucional y legal, así como la jurisprudencia al respecto, todo en el ámbito colombiano.

En el segundo capítulo, se efectúa una labor similar a nivel interamericano, para lo cual se examinan los casos que involucraron derechos de los homosexuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las normas existentes sobre la familia y, en especial, la opinión consultiva que expidió la Corte IDH sobre el matrimonio igualitario.

Finalmente, teniendo claros los marcos de protección de los dos sistemas, se constata si el Estado colombiano cumplió o no con su deber de efectuar el control de convencionalidad difuso, en materia de matrimonio igualitario, atendiendo los principios interpretativos del órgano interamericano, para lo cual se examinan las actuaciones adelantadas en cada etapa del proceso reseñado, hasta culminar con la Sentencia SU-214 de 2016.

Con base en el referido estudio, se busca resolver el interrogante: *¿Efectuó el Estado colombiano un adecuado control difuso de convencionalidad en materia de matrimonio igualitario y, por tanto, superaría un eventual control concentrado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*

1. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL SISTEMA COLOMBIANO

Previo a analizar el estado actual del matrimonio igualitario en los sistemas colombiano e interamericano, resulta oportuno realizar un estudio de la evolución de los derechos de los homosexuales, a quienes inicialmente solo les fueron reconocidos en su ámbito individual y, posteriormente, como parejas, para alcanzar luego el estatus de familia.

Sobre el particular, de entrada, ha de resaltarse que este proceso no fue instantáneo, sino que, por el contrario, tuvo múltiples etapas, que inician con la invisibilidad, hasta ser regulado por el Derecho, que catalogó este fenómeno —por decirlo de alguna manera— como una conducta desviada, que ameritaba penalización. Superado este periodo, se alcanzó la tolerancia siempre que la condición se expresara únicamente en la intimidad. Finalmente, el homosexualismo logra un lugar en el ámbito de la “normalidad”, obteniendo, incluso, la protección del ordenamiento jurídico, etapa que —valga anotar— actualmente se está consolidando.

Este primer acercamiento permitirá evidenciar la existencia de una comunicación de doble vía entre la sociedad y el Derecho, que ha permitido un verdadero progreso en la forma en cómo los homosexuales y sus relaciones de pareja son vistas. Es decir, el Derecho ayuda a la visibilidad de las parejas homosexuales, lo que permite que la sociedad los reconozca y acepte con más facilidad; pero, en otras ocasiones, es la comunidad la que ha propiciado una reacción del ordenamiento jurídico, a través de los órganos jurisdiccionales, que se han visto avocados a adoptar decisiones progresistas, en relación con este conjunto de personas, ante la impasibilidad de los legisladores.

Por tal razón, no se puede determinar con certeza si es la sociedad la que avanza y obliga a su vez a que el Derecho lo haga o si es aquel el que, a través de la jurisprudencia,

ha generado una comunidad más tolerante; pues —como se dijo—, se trata de un diálogo de doble vía que constantemente se retroalimenta.

Así pues, este trabajo inicia con una descripción de la evolución que ha tenido el tema en el sistema colombiano, para compararlo luego con los avances dados en el sistema interamericano, pues resulta apropiado analizar primero el orden nacional, para seguidamente compararlo con el externo.

1.1 SITUACIÓN EXISTENTE ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

El primer antecedente del homosexualismo en Colombia, como conducta regulada jurídicamente, se encuentra en la época de la Colonia, en la que regían las normas del derecho español, ordenamiento jurídico en el que se encontraba penalizado el delito de “sodomía”⁶ (Bustamante Tejada, 2008).

Sin embargo, “las repúblicas redactaron sus códigos penales teniendo como referencia el Código Napoleónico de 1810, del cual desapareció el delito de sodomía vigente en las antiguas leyes españolas” (Bustamante Tejada, 2008, p. 117). En el caso colombiano se expidió el Código Penal de 1873, que despenalizó la mencionada conducta (sodomía), iniciando el proceso de invisibilización de las relaciones homosexuales. En este periodo, según palabras de Restrepo Múnera, Sánchez Pineda y Tamayo Sepúlveda (2010):

[...] La homosexualidad parecía ser indiferente al Derecho, debido a la ausencia de cualquier texto jurídico penal. En este sentido podría pensarse que la homosexualidad fue reprimida socialmente (mas no desde la esfera legal), puesto

⁶ Bustamante Tejada (2008) señaló que “la sodomía era el pecado que se constituía por las relaciones homoeróticas” (p. 115).

que el pensamiento arraigado de la época ni siquiera lo concebía ni aceptaba por considerarla contra natura. (p. 98)

Durante este ciclo, se expidió el Código Penal de 1873, que tampoco sancionó penalmente las conductas homosexuales, por lo que su represión seguía siendo en el ámbito de lo privado, esto es, se veía como una conducta no aceptada socialmente, pero que carecía de interés jurídico.

Esta etapa culminó con la adopción del Código Penal de 1890, el cual, en el marco de la Constitución de 1886, de estirpe conservadora (Cotrina Gulfo, 2018), consagró como delito contra la moral pública el “abuso en persona del mismo sexo”, que en su artículo 419 establecía:

La persona que abusare de otra de su mismo sexo, y esta, si lo consintiere, siendo púber, sufrirá de tres a seis años de reclusión. Si hubiera engaño, seducción o malicia, se aumentará la pena en una cuarta más; pero si la persona de quien se abusare, fuere impúber, el reo será castigado como corruptor, según el artículo 430.

Esta tendencia se conservó en el Código Penal de 1936, mismo que en su artículo 324 disponía:

El que ejecute sobre el cuerpo de una persona mayor de diez y seis años un acto erótico-sexual, diverso del acceso carnal, empleando cualquiera de los medios previstos en los artículos 319 y 322, está sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión.

En la misma sanción incurren los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad.

Este último aparte no venía incluido en el proyecto original de la mencionada codificación, conforme lo resalta Bustamante Tejada (2008), al hacer referencia a la discusión que se dio en torno al citado canon, para lo cual trajo a colación las actas de la comisión redactora, en los siguientes términos:

En consideración el Capítulo IV, el doctor Cárdenas propone un nuevo inciso para el artículo 1º de este capítulo, imponiendo la sanción de seis meses a dos años de prisión para los que consuman el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad. El doctor Lozano manifiesta que el homosexualismo practicado por personas mayores de edad es sin duda profundamente inmoral, pero quizás no puede erigirse en delito porque con tales actos no existe verdadera violación de ningún derecho. A esto replica el doctor Cárdenas que el Código Penal implica una defensa para la sociedad y el homosexualismo ataca en sus bases fundamentales la moral pública y social. El doctor Rey manifiesta que es partidario del inciso presentado por el doctor Cárdenas, porque es necesario que la sociedad reprima severamente el homosexualismo, que por lo menos peca contra la estética personal y desdice y ofende la virilidad verdadera que la legislación debe exigir de los asociados. (República de Colombia/Ministerio de Gobierno, 1939:319-320). (p. 7)

De lo anterior, se extracta que la visión que la sociedad tenía de las personas con inclinaciones homosexuales terminaba siendo recogida en los textos legales, para sancionar su ejercicio, por ser un acto que social y moralmente se consideraba incorrecto; tendencia que no se limitó al ámbito penal, sino también al disciplinario, como se verifica, verbigracia, en los estatutos que regulaban el ejercicio de la docencia (Dec. 2277, 1979), las Fuerzas Militares (Dec. 1776, 1979), la Policía Nacional (Dec. 1835, 1979), y las carreras notarial (Dec. 960, 1970) y judicial (Dec. 250, 1970); pues en todos ellos se establecía como falta disciplinaria, el practicar el homosexualismo o, incluso, mantener contacto con personas con dicha condición sexual.

No obstante, en este periodo algunos doctrinantes propugnaban por excluir tal conducta del ámbito penal, por considerar al homosexual como un paciente psiquiátrico que, más allá de ser condenado, requería de medidas de seguridad (Restrepo Múnera, Sánchez Pineda y Tamayo Sepúlveda; 2010).

La despenalización del homosexualismo tuvo lugar con la promulgación del Código Penal de 1980, en el que dejó de ser una conducta punible, “pero sigue siendo considerada una enfermedad por la psiquiatría, un pecado por la Iglesia católica y, por consiguiente, una conducta aberrante y censurable por parte de la sociedad colombiana” (Cotrina Gulfo, 2018, p. 153).

Sin embargo, la práctica de actos homoeróticos siguió siendo reprochada disciplinariamente a los funcionarios públicos, a pesar de los intentos de excluir del ordenamiento las normas que así lo consagraban, a través de demandas de inconstitucionalidad instauradas ante la Corte Suprema de Justicia, Corporación que las desestimó, al considerar, por ejemplo, que:

Es cierto que la ley no autoriza sanción a los particulares que desplieguen algunas de las conductas señaladas en el numeral 1° acusado del artículo 94, tales como la embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos y el homosexualismo. Sin embargo, lo hace en relación con quienes administran justicia por considerar que ellas generan el riesgo de comprometer irreparablemente la dignidad debida a su investidura. A porfía abundan las razones constitucionales que lo justifican y que de suyo se explican dada la delicadísima misión que se les encomienda a quienes pertenecen al poder judicial o al Ministerio Público. Estos funcionarios deben ejercer su cargo no solo con eficiencia sino además ceñidos a rigurosas exigencias. (CSJ, Sent. Exp. 942, 1982).

El anterior planteamiento —valga anotar—, reitera los argumentos expuestos en otra providencia de esa misma Colegiatura, dictada el 1° de junio de 1982, donde se abordó el análisis de una norma similar, en materia disciplinaria, pero tratándose de la carrera notarial.

Entonces, es evidente que a pesar de que en dicha época sostener una relación sentimental con una persona del mismo sexo no se catalogaba como un delito, lo cierto es que la sociedad seguía reprochando tal comportamiento, al punto que su exteriorización podía poner en riesgo la “dignidad” de la investidura de un funcionario público y, por tanto, ameritaba sanción disciplinaria.

De este primer recuento histórico se concluye que el homosexualismo era reprochado por la sociedad colombiana, por lo que no fue objeto de protección alguna, ni en su ámbito individual ni mucho menos como pareja, sino que, por el contrario, una vez superada la etapa de invisibilización del fenómeno, el Derecho constituía una herramienta para disuadir a los ciudadanos de adoptar esa condición, estableciéndolo como un delito o como una falta disciplinaria, tratándose de servidores públicos; mientras que los que abogaban por la no intervención legal en este tipo de asuntos consideraban que se trataba de una enfermedad o pecado, que ameritaba tratamiento.

1.2 PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

1.2.1 Periodo comprendido entre 1991 y 2006.

Con la expedición de la Carta Política de 1991, inició un nuevo periodo en el tratamiento jurídico de las personas con inclinaciones sexuales diversas, pues, a pesar de que en su texto no se encuentra una referencia explícita a dicha comunidad, la Corte Constitucional como su máxima interprete, a través de sus providencias, ha logrado las mayores reivindicaciones de derechos para ese sector de la población.

Sobre el particular, López Medina (2016), con fundamento en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, destacó:

Las expresiones “homosexual”, “homosexualismo”, “homosexualidad”, “orientación sexual”, “preferencia sexual”, etc., no aparecen dentro del texto de la Constitución del 91. En las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, que preparó dicho documento se encuentran algunas alusiones al tema, pero sería claramente exagerado decir que los derechos de las personas homosexuales o de las parejas del mismo sexo fueran una preocupación central de los debates. (p. 1)

Adicionalmente, la Carta de 1991 otorgó diversas herramientas o instrumentos, que permitieron, en un primer momento, determinar la existencia de derechos que amparaban a quienes optaran por una condición sexual diferente a la socialmente aceptada y, asentada tal concepción, efectivizar tales garantías. En dicha labor es crucial destacar el rol que desempeñaron la Corte Constitucional, las acciones de tutela y la pública de constitucionalidad, así como también aquellos principios que propendían por una sociedad pluralista, fundada en el respeto de la diferencia.

Ahora, comoquiera que —según se dijo— el texto de la Constitución de 1991 no incluyó, expresamente, a las personas con condición sexual diversa, fue necesario, entonces, que los magistrados de la Corte Constitucional interpretaran principios y mandatos superiores, para extender o limitar las garantías otorgadas a este sector de la población, lo cual estaría estrechamente ligado con su concepción política; pues, como lo pone de presente Lemaitre (2005): “Sus decisiones [...] no se basan exclusivamente en el derecho sino también en la forma como los magistrados de acuerdo a su orientación política, interpretan el derecho” (p. 181).

Dicho desarrollo jurisprudencial también fue un proceso que se refleja en los diferentes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional sobre el tema en análisis, trasegar que la Corporación inició de una forma lenta, paulatina y tímida.

Cabe añadir, que si bien la Constitución de 1991, en su artículo 13, consagra:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos [...], sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Lo cierto es que, en principio, no se entendía que dicha disposición amparara la libre opción sexual, habida cuenta de que —como se anotó previamente—, citando a López Medina (2016), no fue un tema central de debate por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, por lo que la interpretación de ese precepto fue uno de los tópicos centrales de los mencionados pronunciamientos judiciales.

En efecto, revisadas las providencias dictadas en el periodo comprendido entre 1994 y 1996, se observa que la posición de la Corte fluctuó entre la garantía moderada de los derechos de la población homosexual y una posición restrictiva respecto de ese reconocimiento; sin embargo, en la mayoría de oportunidades, a través de sus pronunciamientos, reflejó los prejuicios sociales que, en ese momento, imperaban sobre el homosexualismo.

El primer precedente de ese ciclo, se encuentra contenido en la Sentencia T-097 de 1994⁷, en la que se abordó el caso de un estudiante que fue expulsado de una Escuela de Carabineros, con fundamento en el estatuto disciplinario vigente para la Policía Nacional, al ser acusado de ejecutar actos homosexuales, conducta contemplada como sancionable en el mencionado cuerpo normativo.

⁷ Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional consideró que: “La condición de homosexual, por sí misma, no puede ser motivo para la exclusión de la institución armada” (Sent. T-097, 1994), partiendo de las innovaciones que trajo la Carta Política de 1991, entre ellas, aquellas relacionadas con la protección del fuero interno del individuo, como lo son el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el buen nombre, encontrándose la libertad sexual en ese ámbito de protección, sin que pueda constituir factor de discriminación.

Pero, también expresó que “la condición homosexual no debe ser declarada ni manifiesta. La institución tiene derecho a exigir de sus miembros discreción y silencio en materia de preferencias sexuales” (Corte Const., Sent. T-097, 1994), lo que denota que, si bien se respetaba, formalmente, la libre opción sexual, lo cierto es que el homosexualismo era una conducta que debía permanecer oculta.

De otro lado, debe destacarse el salvamento de voto del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, quien de manera enfática defendió: “El derecho inalienable que tienen todas las instituciones —en especial las Fuerzas Militares y de Policía, dada su función— de impedir que entre sus miembros haya homosexuales” (Corte Const., Sent. T-097, 1994).

Con lo anterior, se verifica que la Corte Constitucional comienza a reconocer la opción sexual como una categoría susceptible de protección constitucional, lo que constituye un avance hacia la garantía de los derechos de la población de condición sexual diversa; sin embargo, es un progreso limitado, teniendo en cuenta que la salvaguarda de esa prerrogativa (libertad sexual) se limitaba al fuero íntimo del individuo.

Otro caso relevante es el decidido por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia T-569 de 1994⁸, en la cual se analizó una acción de tutela instaurada por un estudiante, que se vio obligado a dejar sus estudios, con ocasión de la persecución que

⁸ Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

recibió por parte de la institución educativa a la que pertenecía, por utilizar prendas femeninas; resguardo que fue negado por la Corporación en comento, al considerar que el accionante, de manera voluntaria, se había sustraído de asistir a clase.

Como soporte de dicha negativa, además, añadió que el menor puso en evidencia su condición sexual, lo que impedía que su garantía fundamental al libre desarrollo de la personalidad pudiera ser protegida, habida cuenta de que “optó por [...] actitudes reprobables en contra de las condiciones normales y sanas del ambiente escolar transgrediendo el derecho de sus condiscípulos y el propio de su intimidad” (Corte Const., Sent. T-097, 1994); lo que pone en evidencia, una vez más, que la escogencia de una opción sexual diferente y “anormal” solo se protegía en el fuero interno del individuo, siempre que se mantuviera oculto en su privacidad.

Posteriormente, se dictó la Sentencia T-037 de 1995⁹, que examinó el caso de un estudiante de la Policía Nacional sancionado por intentar seducir a otro compañero de la institución, fuera de sus instalaciones. En esta ocasión, la Corte consideró la tutela improcedente, por cuanto el accionante incurrió en una falta disciplinaria, contemplada en el ordenamiento vigente, por lo que se hizo acreedor a la correspondiente sanción. conclusión que soportó en que:

La igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal —como la homosexualidad— esté autorizado para actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones e incurrir, sin poder ser castigado, en conductas ajenas a la respetabilidad de un centro educativo, menos todavía si este pertenece a una institución cuya alta misión exige de quienes la componen las más excelsas virtudes. (Corte Const., Sent. T-037, 1995)

⁹ Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Esta providencia acentúa la posición restrictiva reflejada en los pronunciamientos antes mencionados, cuyo único atenuante se encuentra en el salvamento de voto que frente a la misma expresó el magistrado Carlos Gaviria Díaz, quien manifestó cómo la decisión de la que se apartaba, desconoció que al tutelante “lo sancionaron, sin el más leve asomo de duda, no por indisciplinado sino por homosexual”. En su salvamento, el togado dijo, además:

[...] Se le discriminó en función de una circunstancia que a la luz de la Constitución colombiana no puede generar ese tratamiento. La preferencia por uno u otro sexo es asunto de cada quien y así lo reconoce nuestra Norma Fundamental. Otra cosa es que los comportamientos sexuales interfieran con la convivencia ordenada que ha de observarse en cualquier institución, y entonces sí pueden ser jurídicamente reprochables, pero sin distinguir, entonces, si son homo o heterosexuales. (Corte Const., Sent. T-037, 1995)

Entonces, como característica de este primer periodo, se resalta que la homosexualidad se veía como un comportamiento “anormal”, que debía quedarse en la esfera de lo íntimo, sin lugar a reclamar un lugar reconocido en la sociedad. “Se trata de pecados privados que podemos tolerar, pero nunca virtudes públicas que debemos exaltar con el reconocimiento de plena ciudadanía en condiciones de igualdad” (López Medina, 2016, p. 36).

En el año 1998, inicia una nueva fase en la jurisprudencia constitucional, con una visión más garantista, que llevó al rechazo de actos y a la exclusión de preceptos que discriminaban, en razón de la tendencia sexual de los individuos, con lo que se da un paso adelante hacia el reconocimiento jurídico de los derechos de esta comunidad.

Esta etapa inició con la Sentencia T-101 de 1998¹⁰, en la que se revisó la situación de dos estudiantes, a quienes se les negó el cupo escolar por su condición de gais. En esta oportunidad, la Corporación otorgó el amparo, al considerar que la homosexualidad era una opción de vida válida y respetable, por lo cual quien la adoptaba no podía ser objeto de restricciones, con motivo de que otras personas no compartieran su estilo de vida, haciendo un especial llamado de atención al rector de la institución educativa por haberlos discriminado.

En dicha providencia la Corte cambió su discurso, habida cuenta de que no se refirió a la homosexualidad como una anormalidad ni como una situación que afectara las condiciones sanas de una institución de formación. Por el contrario, desaprobó la conducta de quien discriminaba a unos estudiantes que optaron por una opción sexual diversa; es decir, amplió el ámbito de protección del derecho a la libre opción sexual, sin limitarlo al fuero íntimo del individuo, pues se exigió a la comunidad respetar tal escogencia, sin poder ejercitar actos de reproche.

Posteriormente, se dictaron tres fallos que estudiaron la constitucionalidad de preceptos que establecían como falta en el ejercicio de la docencia, la disciplina militar y el notariado el ser homosexual o mantener contacto con personas calificadas como “antisociales”, entre ellas, los homosexuales.

La primera de estas decisiones está contenida en la Sentencia C-481 de 1998¹¹, en la donde se examinó la conformidad del Estatuto Docente (Dec. 2277, 1979)¹² con la Carta Magna, siendo el primer precedente en el que la Corte Constitucional planteó que en Colombia está prohibida la discriminación con fundamento en la orientación sexual, lo que

¹⁰ Magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

¹¹ Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

¹² En su artículo 46, dicha norma establecía que era causal de mala conducta: “(b) El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales”.

sustentó en el artículo 13 superior, al extender el concepto “sexo” no solo a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, sino también a las preferencias sexuales.

Adicionalmente, aclaró que el sexo en sentido amplio, es decir, incluyendo dentro de dicha categoría la orientación sexual, es un criterio sospechoso de diferenciación, motivo por el cual, de encontrarse presente, se debería realizar un test estricto de igualdad, a fin de determinar la constitucionalidad de una medida que así lo contemplara, escrutinio con el que se podría establecer si la norma era razonable, al perseguir un fin constitucionalmente válido y proporcional al mismo. Bajo ese entendimiento, la Corporación aplicó el mencionado test a la norma objetada y concluyó que era inconstitucional, pues no existía evidencia de que los docentes homosexuales constituyeran un riesgo para los educandos (Corte Const., Sent. C-481, 1998).

Otro gran avance de esta providencia, es la reevaluación que la Corte Constitucional hace de su postura, conforme a la cual sostenía que la condición de homosexual debe conservarse oculta en la esfera íntima del implicado, teniendo en cuenta que, en esta ocasión, aseguró que era inadmisibles exigir a los educadores mantener su opción sexual en privado (Sent. C-481, 1998).

Después, en el fallo C-507 de 1999¹³, fue analizada la constitucionalidad del Decreto 85 de 1989¹⁴, reglamentario del régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, en la que se indicó que la homosexualidad no era jurídicamente reprochable, por lo tanto, solo podía ser cuestionada cuando afectara derechos de terceros, pues no le es dable a la ley determinar medidas represivas de dicha conducta. Sin embargo, también sostuvo que los actos homosexuales se deben ejercer “en forma responsable y en el estricto ámbito de su

¹³ Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴ En su artículo 184, consagraba que constituían faltas al honor militar: “(c) Asociarse o mantener notoria relación con personal que registre antecedentes penales o sean considerados como delincuentes de cualquier género o antisociales como drogadictos, *homosexuales*, prostitutas y proxenetas [...]. (d) *Ejecutar actos de homosexualismo* o practicar o propiciar la prostitución” [resaltado ajeno al texto original].

privacidad”, regresando a la postura, según la cual la condición sexual diversa es admisible únicamente en la esfera de lo íntimo.

Por último, se dictó la Sentencia C-373 de 2002¹⁵, que cerró el ciclo estudiado en materia de control abstracto de constitucionalidad, a través de la cual se examinó la exequibilidad del artículo 4° de la Ley 588 de 2000, que establecía como inhabilidad para hacer parte de la carrera notarial, el haber sido sancionado disciplinariamente. De oficio, la Corte revisó las faltas que podían determinar tal penalidad, encontrando entre ellas el homosexualismo (Dec. 960, 1970, art. 198, num. 1°)¹⁶, frente a lo que consideró que tal disposición constituía un “rezago de un Estado autoritario”, que no podía encontrar cabida en una democracia constitucional.

Otro de los aportes relevantes de la decisión en mención es que consideró cómo los argumentos morales “desprovistos de incidencia en los derechos de los demás y de reconocimiento jurídico, son sustancialmente insuficientes para limitar la cláusula general de libertad” (Corte Const., Sent. C-373, 2002), en la que estaba amparada el derecho a adoptar cualquier opción sexual.

En materia de tutela, dicha postura constitucional fue recogida en los fallos T-435 de 2002¹⁷ y T-301 de 2004¹⁸, casos en los cuales se trató de limitar la expresión de la opción sexual homosexual, de un lado, en una institución educativa particular y, de otro, en un espacio público, como lo era la bahía de Santa Marta, respectivamente. En dichas oportunidades, la Corte reiteró lo expuesto en los precedentes antes mencionados, en el sentido de afirmar que el homosexualismo no podía ser objeto de reproche, al ser una

¹⁵ Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶ Ese precepto señalaba: “Son conductas del Notario, que atentan la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial, y que acarrear sanción disciplinaria: [...] 1. La embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el uso de estupefacientes, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos, *el homosexualismo*, el abandono del hogar, y, en general, un mal comportamiento social” [resaltado propio].

¹⁷ Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸ Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

manifestación de libre desarrollo de la personalidad, sin que se le pudiera exigir a quien ostenta dicha condición no exteriorizar públicamente sus preferencias sexuales.

No obstante, a pesar del avance aquí destacado en materia de protección de los derechos de las personas con condiciones sexuales diversas, lo cierto es que, en el ámbito de pareja, el reconocimiento era nulo; es decir, se respetaba al homosexual como individuo, pero no se le amparaba en el marco de una relación. En otras palabras, conforme lo puso de presente Dejusticia, en su intervención dentro del proceso D-362, en el que se cuestionó la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990: “Si usted es homosexual, la Carta lo protege individualmente, siempre y cuando no aspire a realizar realmente su opción sexual y decida conformar una pareja o una familia, pues en ese caso el ordenamiento no le brinda ninguna protección” (Dejusticia; 14, agosto, 2006; p. 10).

En el ámbito de pareja, debe decirse que en los años iniciales de funcionamiento de la Corte Constitucional (1991 a 1996) no se emitió un solo pronunciamiento en procura de la protección de esa dimensión de las relaciones homosexuales; lo cual se explica, en gran medida, porque si no se reconocían derechos a los individuos con tal inclinación, pues memórese que se les consideraba como “anormales”, mucho menos se podía pretender una protección para los vínculos que surgían de las relaciones afectivas sostenidas entre personas del mismo sexo.

A partir del año 1996, esta Corte dictó una serie de decisiones, que de manera tajante negaron tal reconocimiento, es decir, se pasó de la invisibilización completa de las situaciones surgidas en el marco de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, a un rechazo jurídico de aquellas.

Es así que en Sentencia C-098 de 1996¹⁹, que revisó la constitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la Ley 54 de 1990²⁰, la Corte consideró que restringir la aplicación de dicha normatividad a las parejas heterosexuales no coartaba el derecho constitucional a la libre opción sexual, toda vez que no impedía que se constituyeran parejas homosexuales y no obligaba a las personas a desconocer su orientación sexual.

Además, concluyó que las disposiciones demandadas no prohibían ni sancionaban el homosexualismo, sino que se limitaban a regular los aspectos patrimoniales de determinadas relaciones, no censuraban ni estigmatizaban a las parejas homosexuales y el hecho de que la sociedad patrimonial objeto de regulación no se refiriera a las parejas del mismo sexo no tenía por finalidad sujetar a un patrón de conducta sexual generalizada a los ciudadanos, reprobando aquellas que se alejaban del modelo tradicional (Corte Const., Sent. C-098, 1996).

Para soportar dicho trato diferenciado, resaltó que existían algunos elementos en las uniones maritales heterosexuales, que no estaban presentes en las homosexuales y que ello era suficiente para tenerlos como supuestos disímiles; que las parejas entre personas de distintos sexos conformaban familia y, por lo tanto, estaban bajo la protección constitucional de los artículos 42 y 43 de la Carta Magna²¹, lo que no se presentaba entre

¹⁹ Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰ “*Artículo 1°*. [...] Se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. [...] Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”. “*Artículo 2°*. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos: [...] (a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio [...]; (b) cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho”.

²¹ “*Artículo 42*. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla [...]. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable [...]. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables [...]. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes [...]. Cualquier forma de violencia

las parejas del mismo sexo (Corte Const., Sent. C-098, 1996). Es evidente cómo, para la Corporación, en el marco de las relaciones entre sujetos con sexualidad diversa, era imposible la constitución de una familia.

Con fundamento en lo anterior, se declaró la exequibilidad de la normativa estudiada, dejando por fuera de su ámbito de protección a las parejas homosexuales. Sin embargo, no todos creen que la mencionada providencia haya sido del todo limitada, en materia de reconocimiento de este tipo de uniones, pues como lo señaló López Medina (2016):

La sentencia no expresa el rechazo aireado y vehemente a la pretensión de la comunidad LGBTI desde de la perspectiva moralista del conservadurismo social, para quienes el “homosexualismo” es antinatural, como se había dado en el caso de las primeras sentencias de la Corte; más bien, se inclina por un tolerante, incluso cálido, acogimiento de la “homosexualidad”, sin que ello significara que se le reconociera la existencia de un derecho fundamental violado por el legislador. (p. 60)

en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley [...]. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable [...]. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos [...]. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo se rigen por la ley civil [...]. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley [...]. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil [...]. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley [...]. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”. “*Artículo 43.* La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada [...]. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

En materia de derechos prestacionales, específicamente los relativos a salud y pensión, la Corte dictó las providencias SU-623 de 2001²² y T-349 de 2006²³, respectivamente, en las que, se reiteró que las relaciones sostenidas por personas de condición sexual diversa no constituían familia, por lo que no podían ser acreedoras de esos beneficios, habida cuenta de que estos se restringían al “grupo familiar”.

O sea, la negativa de afiliar como beneficiario a un compañero o compañera homosexual (Corte Const., Sent. SU-623, 2001), o de reconocer una pensión de sobreviviente a un sujeto en la misma situación (Corte Const., Sent. T-349, 2006), no obedecía a su orientación sexual, sino a la imposibilidad jurídica de ser considerados familiares y a las limitaciones que respecto a estas prerrogativas legítimamente podía imponer el legislador.

De lo anterior se extracta, en palabras de Lemaitre (2005), que:

[...] Era ya claro que para la Corte la discriminación expresa de los homosexuales era inconstitucional, y la Corte cumplía la “narrativa de progreso” en la protección de los derechos humanos. Sin embargo, no estaba decidido el problema de discriminación implícita, es decir aquella que resulta de los privilegios que se otorgan solo a los heterosexuales, más que de la exclusión expresa de los homosexuales. Y el terreno en el que se privilegia de manera implícita pero clara la heterosexualidad es en la constitución de parejas. (p. 198).

²² Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. Con la providencia se examinó la decisión de una entidad promotora de salud (EPS), que negó la inclusión de una persona al Sistema de Seguridad Social en Salud, como beneficiaria de su pareja del mismo sexo.

²³ Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. En esta ocasión, la Corte analizó la determinación del entonces Instituto del Seguro Social (ISS), que no accedió al reconocimiento de la sustitución pensional, que reclamó un individuo respecto del derecho que ostentó en vida su compañero del mismo sexo.

Sobre este aspecto, también ha de destacarse que:

Es un contrasentido respetar y regular constitucionalmente la opción sexual homosexual y no regularla en su posibilidad práctica, es decir, desde la perspectiva de la pareja, ya que tanto los derechos de los homosexuales como la posibilidad de su unión son inherentes al reconocimiento de la condición homosexual protegida y reconocida desde todas sus esferas. (Restrepo Múnera, Sánchez Pineda y Tamayo Sepúlveda; 2010; p. 207).

En materia legislativa, en el periodo comprendido entre 1991 y 2006, se presentaron cinco proyectos de ley que perseguían regular los efectos civiles y patrimoniales de las uniones homosexuales; sin embargo, todos terminaron archivados.

Cabe anotar que, si bien se buscaba regular tal situación, se tenía total cuidado de no equiparar dichas parejas a las heterosexuales, por lo que no se otorgaban rótulos tales como unión marital de hecho o matrimonio. Se pretendía principalmente conceder efectos patrimoniales y prestacionales.

Adicionalmente, en los primeros proyectos presentados (Proyectos de Ley 97, 1999 —Senado—; 85, 2001 —Senado— y 43, 2002 —Senado—) se establecían amplios beneficios para las parejas homosexuales; entre ellos, régimen patrimonial especial, nacionalidad, alimentos, derechos sucesorales, Sistema Integral de Seguridad Social y protección ante violencia intrafamiliar. No obstante, en los últimos que se radicaron (Proyectos de Ley 113, 2004 —Senado— y 130, 2005 —Senado—), tales prerrogativas se limitaron al derecho a la seguridad social y la regulación de la sociedad patrimonial.

Acerca de las razones que conllevaron el hundimiento de todos los proyectos, es importante resaltar las notas de prensa que sobre ellos se escribieron. Por ejemplo, respecto al Proyecto de Ley 43 de 2002, la revista Semana destacó, en nota denominada “Como para

alquilar balcón” que, una vez aprobado el proyecto en primer debate, se inició una campaña de descrédito, con miras a lograr su archivo (Sección Nación; 16, noviembre, 2002).

Dentro de las acciones que reseña el mencionado artículo, se encuentran la distribución entre algunos senadores de un video titulado “El reporte gay”, documental que mostraba las supuestas consecuencias de la aceptación de la homosexualidad en el estado de California (Estados Unidos de América); la suscripción de un documento respaldado por veinticinco mil firmas, en el que se exponía la oposición al proyecto de Ley; y el resumen de los motivos por los cuales una subcomisión de cuatro miembros lo rechazaban, fundados en que “es inconstitucional, contrario a la naturaleza, atenta contra la salud, vulnera la familia, es fruto de presiones internacionales e injerencias foráneas, va contra la cultura, la educación, la moral y la ley de Dios [...]” (Sección Nación; 16, noviembre, 2002).

En cuanto al Proyecto de Ley 130 de 2005, en la columna de opinión “¿La ley discrimina a homosexuales?”, Gabriel Esteban Rodríguez recalcó: “De lo que en realidad se trata el debate alrededor del proyecto de ley de las uniones del mismo sexo es sobre la valoración jurídica que hace la sociedad colombiana sobre las relaciones homosexuales”, sosteniendo que “es legítimo que la ley trate de forma diferente situaciones diferentes, mientras la sociedad no se convenza de la ‘normalidad’ de las relaciones homosexuales ni de sus ‘beneficios’ para el resto de la comunidad” (El Tiempo; 28, octubre, 2006). De tal afirmación, se extracta que, en sentir del autor, la sociedad colombiana no estaba lista para aceptar la “regularización” de las parejas del mismo sexo, pues todavía se consideraba que los sujetos involucrados eran anormales y, por lo tanto, el Derecho no debía buscar su protección y garantía.

El panorama reseñado muestra cómo el obstáculo que no lograron superar los citados proyectos de ley, lo constituyeron, en gran medida, los prejuicios sociales y religiosos imperantes en la época, conforme a los cuales los homosexuales eran personas enfermas, desviadas, que no aportaban a la sociedad y, por ello, no se debían legalizar sus

relaciones, pues ello se vería como un estímulo, cuestión del todo inaceptable; sumado a lo impopular de estas iniciativas, que podían llevar a los congresistas que las defendieran a perder respaldo popular, tal y como ellos mismos lo reconocían al ser entrevistados al respecto (Restrepo Múnera, Sánchez Pineda y Tamayo Sepúlveda; 2010).

El recuento histórico puesto de presente permite concluir que, desde la expedición de la Carta Política de 1991 y hasta más o menos el año 2006, los homosexuales eran resguardados en su ámbito individual, gracias a la evolución que el tema tuvo al interior de la Corte Constitucional; por el contrario, cuando se trató de las parejas, tanto el tribunal constitucional como el poder legislativo impidieron la garantía de dichos derechos.

En palabras de Bonilla (2010):

La Corte había reconocido los derechos de los homosexuales en tanto individuos, pero se había negado de manera sistemática a reconocer la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo y, por tanto, a reconocer que sus miembros eran titulares de derechos. (p. 184).

Esta situación, no obstante, dio un giro radical en el año 2007, con la expedición por parte de la Corte Constitucional de la Sentencia C-075²⁴ de ese mismo año, como se expondrá en el siguiente aparte.

1.2.2 Periodo comprendido entre 2007 y 2011.

En Sentencia C-075 de 2007²⁵, la Corte Constitucional, nuevamente, examinó la exequibilidad del artículo 1° de la Ley 54 de 1990, precepto que define la unión marital de

²⁴ Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ *Ibidem*.

hecho como aquella “formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular”.

Si bien el tribunal constitucional había analizado la norma en Sentencia C-098 de 1996, lo que en principio impedía un estudio adicional, al configurarse la cosa juzgada constitucional, lo cierto es que dicho órgano consideró que se había ocasionado un cambio legislativo, con las modificaciones introducidas por la Ley 979 de 2005, dando lugar a un nuevo pronunciamiento.

Adicionalmente, concluyó que era posible revisar la constitucionalidad de dicho precepto, toda vez que la Sentencia C-098 de 1996: “Dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad, cuando quiera que fuere posible advertir que, de la aplicación del régimen legal, entre otras hipótesis, se deriva un impacto negativo para los homosexuales” (Corte Const., Sent. C-075, 2007).

Sobre esta sentencia, Bonilla (2010) hizo énfasis en que: “El tribunal constitucional por primera vez en la historia de Colombia reconoció la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo” (p. 185), mediante una decisión que fue acompañada casi por la totalidad de la Sala y un único salvamento de voto, del magistrado Jaime Araujo Rentería, quien no se opuso al fondo de la decisión, sino la consideró insuficiente para amparar las garantías de las “parejas no heterosexuales”, lo que denota su relevancia.

En lo que atañe a este último aspecto, se ha dicho además que:

[...] La sentencia evidencia un cambio en la manera como se percibe la homosexualidad en Colombia. El hecho de que la sentencia haya sido apoyada por ocho magistrados, algunos de ellos profundamente conservadores, indica que en el país se han dado pasos importantes hacia el reconocimiento y respeto de la homosexualidad. De igual forma, el hecho de que haya habido un solo salvamento de voto, que el magistrado que se apartó de la mayoría lo haya hecho porque la

sentencia no fue suficientemente firme en la defensa de los derechos de los homosexuales, que haya habido poca oposición política a la sentencia y que algunos sectores de la población se hayan manifestado explícitamente en su favor, muestra que en el país se han empezado a dar pasos importantes hacia la tolerancia y el respeto de la diversidad sexual. (Bonilla y Rentería, 2008, pp. 13 y 14).

La relevancia de esta decisión radica, principalmente, en el reconocimiento que hizo la Corte de la existencia de un déficit de protección, en el campo de aplicación de la citada Ley 54 de 1990, pues al restringirse a las parejas heterosexuales, aquellas conformadas por personas del mismo sexo quedaban desamparadas por el Derecho, a pesar de ser una realidad social, por lo que la ausencia de regulación podría considerarse como una imperfección susceptible de censura, al soslayar la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, además, de establecer un trato discriminatorio frente a los sujetos que conformaban este último tipo de uniones.

En cuanto al trato discriminatorio, la Corte Constitucional, sin dejar de lado las “diferencias objetivas” entre ambos tipos de parejas, resaltó: “Hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado” (Sent. C-075, 2007), con lo que, claramente, se apartó de la línea jurisprudencial de años atrás.

La Corporación no desconoció que era el legislador el llamado, en virtud del principio democrático, a establecer mecanismos de protección que resguardaran a los actores sociales, entre ellos, las parejas diversas; no obstante, afirmó que era “contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales”, lo que imponía su intervención con la finalidad de hacer cesar esa situación irregular, razón por la cual declaró la norma acusada (Ley 54, 1990) exequible condicionada, en el entendido de que “el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales” (Corte Const., Sent. C-075, 2007).

Pese a que lo anterior, sin duda, constituyó un avance significativo, debe destacarse que la Corte limitó los efectos de dicha sentencia al régimen patrimonial de la unión marital de hecho, lo que quería decir que las demás normas referentes a este tipo de vínculos, con el fin de reconocer otras prestaciones, por ejemplo, pensiones o indemnizaciones, no se veían modificadas con ese pronunciamiento, sino que debían ser demandadas una por una, como en efecto aconteció.

En el reseñado escenario de cambio, fueron dictadas las providencias C-811 de 2007²⁶, C-336 de 2008²⁷, C-798 de 2008²⁸, C-029 de 2009²⁹ y C-283 de 2011³⁰, las cuales extendieron a las parejas del mismo sexo, a través de la figura de la analogía, prerrogativas tales como la afiliación en salud como beneficiarios, el reconocimiento de pensión de sobreviviente, la obligación alimentaria entre los miembros de la unión y la porción conyugal, entre otros. Para una mayor ilustración, la Tabla 1 hace un recuento de las normas objeto de análisis en las citadas sentencias.

Tabla 1. *Normas objeto de las Sentencias C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, C-029 de 2009 y C-283 de 2011.*

NORMAS OBJETO DE LAS SENTENCIAS C-811 DE 2007, C-336 DE 2008, C-798 DE 2008, C-029 DE 2009 Y C-283 DE 2011

Sentencia	Norma acusada	Materia regulada	Decisión
C-811 de 2007	Artículo 163 de la Ley 100 de 1993.	Beneficiarios del sistema de salud.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que el régimen en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo.

²⁶ Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁷ Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.

²⁸ Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

²⁹ Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

C-336 de 2008	Artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.	Pensión sobrevivientes.	de	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo.
C-798 de 2008	Artículo 233 de la Ley 599 de 2000, modificado por el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007.	Delito de inasistencia alimentaria.		Exequibilidad condicionada, en el entendido de que comprende también a los integrantes de parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 4° de la Ley 70 de 1931 y 1° y 2° de la Ley 258 de 1996.	Patrimonio inembargable de familia y afectación de vivienda familiar.		Exequibilidad condicionada, en el entendido de que dicha protección patrimonial se extiende a las parejas del mismo sexo que se acojan al régimen de la Ley 54 de 1990.
C-029 de 2009	Numeral 1°, artículo 411 del Código Civil.	Obligación alimentaria.		Exequibilidad condicionada, en el entendido de que también comprende a los miembros de las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990
C-029 de 2009	Artículo 5° de la Ley 43 de 1993.	Nacionalidad por adopción.	por	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que la misma se aplica en igualdad de condiciones a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 2° y 3° del Decreto 2762 de 1991.	Residencia en el Departamento Archipiélago de San		Exequibilidad condicionada, en el entendido de que

		Andrés, Providencia y Santa Catalina.	incluyen en igualdad de condiciones a las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 8b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004; 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 y 71 de la Ley 734 de 2002.	Garantía de no incriminación.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que las mismas incluyen en igualdad de condiciones a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 34 de la Ley 599 de 2000 y 18 de la Ley 1153 de 2007.	Beneficio de prescindir de la sanción penal.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que la misma incluye en igualdad de condiciones a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 104, 170, 179, 188B y 245 de la Ley 599 de 2000.	Circunstancia de agravación punitiva.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 457 del Código Civil y 236 de la Ley 599 de 2000.	Delito de malversación y dilapidación de bienes familiares.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 229 de la Ley 599 de 2000 y 2° de la Ley 294 de 1996.	Delito de violencia intrafamiliar.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo y que las

			medidas de protección también se aplican a este tipo de parejas.
C-029 de 2009	Artículo 454A de la Ley 599 de 2000.	Delito de amenaza de testigos.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que este tipo penal también comprende las amenazas en contra de las parejas del mismo sexo que actúen como testigos.
C-029 de 2009	Artículos 5°, 7°, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; 11 de la Ley 589 de 2000; 14 y 15 de la Ley 971 de 2005 y 2° de la Ley 387 de 1997.	Derechos para los compañeros permanentes de las víctimas de crímenes atroces .	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que sus previsiones se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 10 de la Ley 589 de 2000 y 2° y 26 de la Ley 986 de 2005.	Medidas de protección de carácter civil ante la ocurrencia de ciertos crímenes atroces.	Exequibilidad condicionada, siempre que se interprete que los mismos no excluyen a las parejas del mismo sexo de las medidas de protección allí consagradas.
C-029 de 2009	Artículos 3° de la Ley 923 de 2004 y 24 del Decreto 1795 de 2000.	Beneficiarios del régimen especial de salud y pensiones para los miembros de la Fuerza Pública.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que, en igualdad de condiciones, se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 1° y 27 de la Ley 21 de 1982.	Subsidio familiar	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que comprende a los integrantes de la pareja del mismo sexo.

C-029 de 2009	Artículo 7° de la Ley 3 de 1991	Subsidio familiar de vivienda.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que el subsidio familiar de vivienda se aplica también a las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 de la Ley 1152 de 2007.	Acceso a la propiedad de tierras rurales.	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que estas disposiciones también amparan a las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículo 244 de la Ley 100 de 1993.	Beneficiarios de la indemnización del SOAT por muerte en accidente de tránsito.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que comprende a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
C-029 de 2009	Artículos 14 de la Ley 190 de 1995; 1° de la Ley 1148 de 2007; 8° de la Ley 80 de 1993; 40 y 84 de la Ley 734 de 2002; 283 y 286 de la Ley 5ª de 1992.	Límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos estatales	Exequibilidad condicionada, en el entendido de que en igualdad de condiciones comprenden también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
C-283 de 2011	Artículos 1016, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil.	Porción conyugal	Exequibilidad condicionada, siempre que se entienda que también tienen derecho a la porción conyugal los compañeros permanentes y las parejas del mismo sexo.

Fuente: elaboración propia, con base en las Sentencias C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, C-029 de 2009 y C-283 de 2011.

La anterior información muestra el progresivo avance jurisprudencial en materia de reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales. Al respecto, es oportuno precisar que en todos estos fallos el tribunal constitucional encontró, en relación con cada una de las materias estudiadas, que las parejas del mismo sexo tenían requerimientos de protección análogos a las parejas heterosexuales, por lo que concluyó que en relación a dichas normas existía un déficit de protección³¹ y un trato discriminatorio, pues no podían superar un control riguroso de constitucionalidad³².

De otro lado, debe mencionarse que también en las cinco providencias, la Corporación se relevó de analizar la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran constituir familia, declarándose inhibida para pronunciarse sobre dicho concepto.

Adicionalmente, en las sentencias reseñadas de este periodo, la Corte refirió que estos asuntos debían ser reglados por el legislador; pero, ante la ausencia de normativa, debía intervenir, extendiendo los derechos que inicialmente habían sido reconocidos exclusivamente a las parejas compuestas por dos personas de diferente sexo. Sin embargo, en el último fallo, se mostró preocupada por la posible usurpación de la competencia del Congreso, por lo que lo exhortó para que legislara, “de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo” (Corte Const., Sent. C-283, 2011).

No obstante, como lo pone de presente López Medina (2016): “A pesar de este llamado, el legislador colombiano no ha emprendido al día de hoy una reforma integral de

³¹ La Corte Constitucional definió el concepto de déficit de protección, como “aquel vacío del régimen que desampara a individuos cuya protección es un imperativo constitucional” (Sent. C-811, 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

³² En relación a cuándo se debe realizar un control riguroso de constitucionalidad, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-336 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

la unión marital de hecho, ni de los derechos de la pareja de hecho formada por personas del mismo sexo” (p. 98).

En contraposición al gran avance jurisprudencial, en lo que atañe al poder legislativo, se verifica que en ese mismo periodo, se presentaron tres proyectos de ley: 006 de 2007 (Senado), 005 de 2007 (Cámara [214 de 2007 Senado]) y 073 de 2010 (Senado), con miras a regular la situación patrimonial y extender los beneficios de seguridad social a las parejas del mismo sexo, iniciativas que terminaron archivadas en su totalidad, por lo que no puede verificarse avance alguno en ese específico ámbito.

Sin embargo, vale la pena resaltar cómo las exposiciones de motivos de estos proyectos legislativos ponen de presente que la existencia de este tipo de uniones diversas ya no era una cuestión considerada anómala, sino una realidad social, cuya regulación resultaba urgente y necesaria, pues conllevaba la vulneración de los derechos de ese grupo de la población.

Verbigracia, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 005 de 2007 (Cámara) se resaltó:

La regulación de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo es el reconocimiento de una situación fáctica que existe en nuestra sociedad desde hace tiempo y que merece un tratamiento legislativo idéntico al previsto para situaciones similares, en aras de la justicia y la equidad.

De igual manera, dichas exposiciones de motivos reflejaban el impacto que el derecho internacional y las decisiones de la Corte Constitucional tenían en los legisladores, pues, para soportar la necesidad de regulación, traían a colación la prohibición de discriminación en razón a la orientación sexual y la protección vía jurisprudencial otorgada a las parejas del mismo sexo, refiriendo la importancia de reglar este asunto por el Congreso.

El proceso previamente reseñado culminó con la expedición de la Sentencia C-577 de 2011, primer pronunciamiento en materia de matrimonio emitido por la Corte Constitucional —providencia que será objeto de análisis a continuación—.

1.3. EL MATRIMONIO IGUALITARIO

Como quedó visto, hasta el año 2011, el reconocimiento de las parejas del mismo sexo en Colombia se había obtenido a través de la figura de la unión marital de hecho, mediante los pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional, ante la falta evidente de voluntad política por parte del Congreso de la República; pues, si bien se presentaron varias iniciativas, ninguna de ellas logró concretarse en una norma de salvaguarda a este tipo de uniones.

De otra parte, en la sociedad, se demostraba una creciente aceptación de estas parejas, cambio que, explican Bonilla y Rentería (2008), fue impulsado por dos situaciones:

Por un lado, en la manera como los medios de comunicación se refieren o representan a la comunidad LGBT. Hoy en día es común que en la radio, prensa y televisión se haga referencia a lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas; cada vez aparecen series, artículos o programas en donde los miembros de la comunidad LGBT son representados sin acudir a estereotípicos que los vuelvan unidimensionales; y el discurso que se utiliza en los medios para describirlos se aleja cada vez más de las categorías pecado, enfermedad y delito. Por otro lado, este cambio social se evidencia en la consolidación de un movimiento político y social que visibiliza a la comunidad LGBT en la esfera pública del país y que promueve la defensa de sus derechos. (pp. 22 y 23).

No obstante, dicho reconocimiento surgió de manera más sencilla en el ámbito de las uniones de hecho que en el del matrimonio; porque, cuando se trataba del último, se

observaba reticencia, incluso, rechazo hacia este: “Es como si la sociedad aceptara con mayor facilidad y naturalidad la pareja homosexual de hecho y no la pareja homosexual plenamente institucionalizada a través del matrimonio” (López Medina, 2016, p. 95).

Tal posición se veía acentuada en los sectores conservadores, cuyos exponentes, fundados en el concepto tradicional y religioso de familia, sostenían que la aceptación del matrimonio igualitario, categorizado como desdeñable, abría una compuerta para el reconocimiento de otros comportamientos contrarios al buen orden social (López Medina, 2016).

En sentido similar, Zárate Cuello, Corzo Pérez y Cárdenas (2015), afirman que:

Otros de los argumentos en contra del matrimonio homoparental, se sustentan en la tesis bajo la cual en nombre de la “familia” el “matrimonio” entre personas del mismo sexo no solo sirve para validar este tipo de uniones, sino también para todo el estilo de vida homosexual en sus variantes bisexuales y transexuales [...]. El reconocimiento legal de personas del mismo sexo desde el “matrimonio”, limita ciertos valores morales básicos y devalúa el matrimonio tradicional. (p. 207)

Esa situación de rechazo frente al matrimonio igualitario no era ajena para la Corte Constitucional, por lo que, previo a pronunciarse de fondo sobre asuntos relacionados con la figura, en Sentencia C-283 de 2011³³, hizo un llamado al Congreso para que legislara sobre los derechos de estas uniones, conforme se destacó en el primer capítulo. Ello, en la medida en que dicho órgano jurisdiccional sabía que todo el peso de ese reconocimiento no debía recaer sobre sus hombros, dada su falta de representación popular directa, carencia que le podía ser enrostrada en un futuro.

³³ Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta providencia, la Corte analizó la constitucionalidad de los artículos 1016 (num. 5º), 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, que regulan el tema de la porción conyugal.

El mencionado escenario, es decir, la falta de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, especialmente por (i) el *rechazo social*, pues, “según una encuesta de Invamer Gallup de febrero 2016, el 55 por ciento de los colombianos está en contra del matrimonio entre personas homosexuales” (Durán; The New York Times; 7, abril, 2016); (ii) la *falta de voluntad política*, teniendo en cuenta la ausencia de aprobación de los múltiples proyectos de ley, que se presentaron para conceder efectos jurídicos a las relaciones de las parejas diversas; y (iii) el “*temor*” de la *Corte Constitucional* de pronunciarse en favor de esa concesión, comoquiera que —como se dijo— prefirió exhortar al Congreso, que efectuar un reconocimiento de manera inmediata; dio un giro con la expedición de la Sentencia C-577 de 2011³⁴, como pasará a explicarse.

1.3.1 Sentencia C-577 de 2011.

Antes de entrar a exponer el contenido del pronunciamiento judicial C-577 de 2011, es importante traer a colación el marco jurídico que regula el matrimonio en Colombia.

En este orden de ideas, el artículo 42 de la Constitución Política establece: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Por su parte, 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”.

³⁴ Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En virtud de tales definiciones, la Corte Constitucional había sostenido en anteriores providencias, que la única familia protegida era la “monogámica y heterosexual”³⁵, situación que, como explica Gutiérrez Castillo (2013), derivaba de que:

Tanto los textos internacionales como las nacionales que heredamos del siglo pasado (piénsese en los códigos civiles) fueron realizados en una época en la que las relaciones entre personas del mismo sexo eran objeto de sanción penal, siendo el vínculo entre el varón y la mujer la única forma viable. (p. 377 y 378)

Sin embargo, dicho concepto comenzó a replantearse en la prenotada Sentencia C-577 de 2011.

En esa providencia, se analizó la constitucionalidad de los artículos 113 del Código Civil —antes transcrito—, 2° de la Ley 294 de 1996³⁶ y 2° de la Ley 1361 de 2009³⁷. El primero de ellos —como ya se dijo— define el matrimonio; mientras que los otros dos afirman que la familia se constituye, entre otros aspectos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer tal vínculo.

Para cuestionar la exequibilidad de dichos preceptos, en síntesis, los demandantes arguyeron que eran inconstitucionales, toda vez que:

(i) El artículo 42 de la Constitución Política no excluía la posibilidad de que personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio y que interpretarlo de otra manera conllevaría un trato desigual, injustificado y violatorio del artículo 13 superior, el cual

³⁵ Así lo afirmó el tribunal constitucional en Sentencias C-814 de 2001 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-725 de 2004 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

³⁶ “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”.

³⁷ En su aparte pertinente, el citado artículo establece: “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”.

señala que a todas las personas se les debe garantizar el disfrute de los mismos derechos, en este caso, el de contraer matrimonio, mediante un contrato reconocido públicamente, tanto por la legislación civil como por la sociedad.

(ii) Desconocían el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues les negaba a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio civil, lo que impedía que se desarrollaran plenamente, por cuanto su orientación sexual debía permanecer en la clandestinidad.

(iii) Las parejas heterosexuales y homosexuales tenían requerimientos análogos de protección, que solo podían ser satisfechos a través de la celebración del contrato de matrimonio, pues ostentaban el mismo valor y la misma dignidad.

(iv) El aceptar que dos personas del mismo sexo podían contraer matrimonio no afectaba para nada la protección que el artículo 42 de la Carta Política les prohibaba a las parejas conformadas por personas de distinto sexo.

(v) Resultaba evidente que en relación con las parejas del mismo sexo existía un déficit de protección, que no podía ser suplido a través de ninguna otra figura jurídica.

(vi) Perpetuaban la visión de que las personas homosexuales son menos dignas y, a su vez, limitaban la posibilidad de que ellas decidieran un modelo de vida y vivieran conforme a ese proyecto.

Frente a estos cuestionamientos, la Corte, tras reseñar los aspectos históricos del concepto de familia en la jurisprudencia constitucional y la forma de constituirla (de hecho o jurídicamente), puntualizó cómo la interpretación del artículo 42 superior que se venía haciendo permitía una segregación entre los diferentes tipos de familia, al considerar que solo la heterosexual era objeto de protección y reconocimiento. Aspecto contradictorio con

la realidad, teniendo en cuenta que la familia es anterior al Estado, lo cual lleva a afirmar que este no la constituye, sino simplemente la reconoce.

Por este motivo, no resultaba coherente, en un Estado Social de Derecho como el colombiano, imponer un solo tipo de familia y excluir a todas aquellas que no reunieran las condiciones de la única reconocida y protegida. En ese sentido, el tribunal constitucional consideró que la heterosexualidad y la consanguinidad no eran predicables de todo tipo de familias, como lo demuestra la de crianza, de forma tal que otro debía ser el común denominador de dicha institución en sus distintas manifestaciones.

Además, el tribunal aseguró que las familias se caracterizaban por la unidad de vida o destino que ligan íntimamente a sus miembros, a través de lazos de amor, respeto y solidaridad, y no había razón alguna para sostener que entre los miembros de las parejas homosexuales no existieran esos vínculos, con vocación de permanencia, por lo que concluyó que las parejas del mismo sexo también formaban una familia que, junto con las demás, son la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, por tanto, merecen la protección que el Estado otorga a las restantes.

Con ello, avaló la sustitución de la interpretación predominante del artículo 42 de la Carta Magna, para aclarar que:

[...] Los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad responsable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales. (Corte Const., Sent. C-577, 2011)

Sobre ese último aspecto, la máxima instancia constitucional destacó que “la voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la unión marital de hecho o la compuesta por una pareja de homosexuales” (Corte Const., Sent. C-577, 2011).

Una vez aclarado que las uniones homosexuales permanentes constituían familia, afirmó que el mencionado artículo 42 no prohibía la unión contractual entre personas del mismo sexo, habida cuenta de que la referencia que del matrimonio allí se establecía era para proteger los derechos de las parejas heterosexuales, más no para desconocer las prerrogativas de otro tipo de relaciones con características similares.

Bajo este horizonte, adicionó que la interpretación tradicional de esta norma (Const., 1991, art. 42) no era viable, comoquiera que a las parejas homosexuales les asistía vocación para conformar familia y, en virtud de los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad, debían gozar de la posibilidad de escoger libremente entre el vínculo natural y el vínculo jurídico para dar origen a su familia. Posibilidad de la que no gozaban por la inexistencia de una institución que cumpliera tales requerimientos (Corte Const., Sent. C-577, 2011).

Por lo anterior, la Corte determinó que para lograr el cabal respeto del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales y se superara el déficit de protección existente, hacía falta en el ordenamiento una institución contractual, distinta a la unión marital de hecho, que les permitiera optar entre un grado mayor de formalización y protección.

No obstante, también consideró que dicha Corporación solo le correspondía verificar la validez de la opción de acudir a una figura de índole contractual, para que las uniones homosexuales tuvieran la misma posibilidad de escoger entre las varias alternativas que tenían las parejas heterosexuales al momento de constituir familia, pero no era la llamada a garantizar la existencia de dicha figura y mucho menos a desarrollarla;

pues tal competencia radicaba en el Congreso de la República, al ser el foro democrático por excelencia, quien debía regular temas de vital importancia para la sociedad, como el de la familia, que constituye su núcleo fundamental (Corte Const., Sent. C-577, 2011).

Respecto a este aspecto, el tribunal recordó cómo había aceptado ya la existencia de diferencias entre las parejas heterosexuales y homosexuales, por lo que no existía un imperativo constitucional de dar tratamiento igual a unas y otras. Correspondía sí al legislador definir las medidas requeridas para atender las necesidades de protección de los distintos grupos sociales, entre ellos, el de las uniones del mismo sexo.

Además, consideró que tratándose del matrimonio, no era oportuno hacer uso de la analogía, pues en ese caso su aplicación no se podría limitar a un aspecto puntual, como es la constitución de familia, ya que comprendería un sinnúmero de relaciones jurídicas que se proyectan en las distintas áreas del ordenamiento jurídico.

Luego de precisar lo reseñado, respecto de las normas acusadas, la Corte Constitucional (Sent. C-577, 2011) determinó:

(i) Que no existía inconstitucionalidad en el artículo 113 del Código Civil, pues este se ocupaba de la regulación del matrimonio entre heterosexuales, reconocido en el artículo 42 de la Carta, lo que no se oponía a que el legislador definiera los caracteres y alcances de una institución que brindara a las parejas homosexuales la alternativa de formalizar su unión.

Además, sobre el desconocimiento de tratados internacionales alegado por los demandantes, manifestó que tales disposiciones establecían que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer, por lo que no existía una obligación de los Estados de reconocerlo en el caso de las parejas del mismo sexo.

(ii) En lo atinente a la expresión “de un hombre y una mujer”, contenida en los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009, señaló que no podían ser inconstitucionales, pues se limitaban a reproducir preceptos contenidos en la norma superior.

Corolario de lo anterior, no declaró la inconstitucionalidad de ninguna de las normas acusadas, pero exhortó al Congreso de la República, a fin de que se ocupara de regular la existencia de un contrato que les permitiera a las parejas del mismo sexo solemnizar jurídicamente su vínculo, como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión marital de hecho.

Para que se acatase lo anterior, otorgó el periodo de dos legislaturas y precisó que si al 20 de junio del año 2013, no se había expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o juez competente a suscribir un contrato que les permitiera constituir una familia, “de acuerdo con los alcances que jurídicamente puedan ser atribuidos a este tipo de unión” (Corte Const., Sent. C-577, 2011).

En síntesis, es evidente que la Sentencia C-577 de 2011 marcó un cambio significativo en el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, pues, de un lado, concluyó que constituían familia, a la luz de los preceptos constitucionales; y, de otro, evidenció el déficit de protección que existía para amparar este tipo de uniones, al restringir la posibilidad de formarlas a través de un acto jurídico.

Pese a estos avances, lo cierto es que las concesiones que en tal pronunciamiento se hicieron no fueron del todo garantistas, dado que la Corte Constitucional se rehusó a aplicar la analogía para ampliar el matrimonio a las parejas diversas, como sí lo había hecho en oportunidades anteriores, al otorgar otro tipo de beneficios; dejando dicha tarea en manos del Congreso, claro está, otorgándole un plazo para esos efectos, lo que resulta del todo entendible, teniendo en cuenta los precedentes legislativos antes mencionados, la

conocida indiferencia de la clase política para regular estos temas y, además, la necesidad de no dejar la situación en una suspensión indefinida.

1.3.2 Proyectos de ley presentados en acatamiento de la Sentencia C-577 de 2011.

En cumplimiento del citado exhorto, en el periodo comprendido entre los años 2011 y 2015, se presentaron en el Congreso de la República nueve proyectos de ley, sin que ninguno de ellos lograra su aprobación, por las mismas razones expuestas en el capítulo precedente (falta de voluntad política). A través de ellos, el legislativo perseguía instituir un acto jurídico, mediante el cual pudiesen constituirse las familias de las parejas del mismo sexo, vínculo que no necesariamente debía ser el matrimonio, que contraían las uniones heterosexuales, toda vez que la Corte Constitucional no impuso expresamente dicha medida y, por el contrario, dejó un amplio margen de actuación a los parlamentarios.

Así, solo cuatro de los proyectos presentados, 58 de 2011 (Cámara), 113 de 2012 (Cámara), 101 de 2012 (Cámara) y 29 de 2015 (Senado), proponían la ampliación del matrimonio a las familias homosexuales, a través de la modificación del artículo 113 del Código Civil, toda vez que:

[...] Las iniciativas legislativas deben reconocer la igual dignidad de las parejas del mismo sexo y apuntar a la construcción de un país de derechos que erradique las razones jurídicas, políticas, económicas y sociales, que mantienen y justifican el “apartheid por orientación sexual”, el cual pretenden legitimar, en el Congreso, algunos parlamentarios, solapados en un lenguaje de derechos para reaccionar violentamente en contra de la diferencia cultural, ideológica, económica, social y sexual. (Cámara, Proy. Ley 58, 2011)

Como soporte de estas iniciativas, sus ponentes trajeron a colación los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, que reconocieron derechos a las uniones homosexuales, con fundamento en los cuales argüían que el único mecanismo para superar

la discriminación existente, era la concesión de la misma figura jurídica para la protección de las familias que constituían.

De otro lado, los proyectos 29 de 2011 (Cámara), 47 de 2011 (Cámara), 67 de 2012 (Cámara), 141 de 2015 (Senado) y 31 de 2015 (Senado) proponían la creación de una nueva figura jurídica, la “unión civil”, con similares efectos que el matrimonio, pero sin llegar a equiparar ambos vínculos. Sin embargo, las razones que llevaron a tal diferenciación variaron en algunos proyectos.

Por ejemplo, en los proyectos 29 de 2011 y 67 de 2012, la separación de las figuras devenía de la posición ideológica de sus defensores, quienes propugnaban por la salvaguarda de la institución del matrimonio, como un beneficio exclusivo de la familia tradicional, por lo que —consideraban—, se debía dispensar alguna protección a las parejas del mismo sexo, sin llegar a equipararlas bajo el mismo tipo de acto jurídico. Por tal razón, se sostuvo:

Es evidente a todas luces que hay un vacío normativo a suplir. A través de este proyecto de ley eso es lo que se persigue, consideramos que este contrato suple el déficit de protección que se pretende sanear, brinda las garantías sin vulnerar con ello la institución del matrimonio que para el pueblo colombiano y la institucionalidad del país tiene una especial significancia de índole histórico y sociológico. (Cámara, Proy. Ley 29, 2011)

En los demás proyectos se interpretó que la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, restringió la aplicación del matrimonio a las uniones heterosexuales, lo que imponía hacer uso de la unión civil para amparar a las parejas del mismo sexo, pero otorgándoles idénticos efectos prácticos (Senado, Proy. Ley 141, 2015).

Finalmente, sobre el trámite dado a las citadas iniciativas legislativas y como resumen de lo acontecido con estas, resulta importante traer a colación la intervención de la senadora Angélica Lozano, en la audiencia pública del 30 de julio de 2015, convocada por la Corte Constitucional, quien aseguró:

Aún más grave resulta el panorama de los proyectos de ley que se presentaron con ocasión de la expedición de la Sentencia C-577 de 2011. El primer bloque de proyectos, presentados por diferentes congresistas, fueron acumulados en la Cámara de Representantes en la legislatura 2011-2012 en torno al Proyecto 029 de 2011 Cámara radicado el 28 de julio y que estuvo engavetado toda la legislatura — más de 300 días—, vulnerando de nuevo el término contenido en la Ley 5ª de 1992. El segundo bloque de proyectos se acumuló en el Senado de la República encabezado por el Proyecto de Ley 047 de 2012 Senado, el cual terminó hundiéndose estrepitosamente en la plenaria del Senado. El tercer y último intento que tuvo como objeto legislar sobre el contenido de la Sentencia C-577 de 2011 se hundió el pasado veinte (20) de junio luego de que no se le hubiere dado ni un solo debate.

El análisis legislativo precedente permite deducir que en el Congreso de la República no se han podido conformar las mayorías suficientes que permitan impulsar un proyecto de ley: ya sea en el sentido de configurar un instrumento diferente al contrato civil de matrimonio —con sus propias especificaciones— o por el contrario extender el ámbito de aplicación del contrato civil de matrimonio regulado en el artículo 113 del Código Civil a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Esto deja entrever que ni los partidos políticos y sus bancadas con asiento en el Congreso de la República, ni las diferentes Cámaras, como tampoco las entidades o autoridades públicas que pudieren llegar a tener iniciativa legislativa según lo preceptuado en el artículo 140 de la Ley 5ª de 1992, han podido impulsar un proyecto de ley que subsane el déficit de protección detectado en la Sentencia C-577 de 2011.

1.3.3 Situación de la formalización de las uniones homosexuales, con posterioridad al 20 de junio de 2013.

Como se puede evidenciar del anterior recuento, el término otorgado por la Corte Constitucional al Congreso de la República, para que expidiera una ley en aras de superar el déficit de protección detectado, se venció en junio de 2013, sin que el ente legislativo hubiese cumplido con tal carga, lo que permitía a las uniones homosexuales acudir ante jueces y notarios “para suscribir un contrato que les permita constituir familia, de acuerdo con los alcances que jurídicamente puedan ser atribuidos a este tipo de uniones” (Corte Const., Sent. C-577, 2011).

Sin embargo, la ambigüedad de esa orden generó un nuevo problema, por cuanto el alto tribunal no precisó el tipo de vínculo jurídico al que podrían acceder las parejas del mismo sexo para formalizar sus relaciones, trasladando la definición de tal aspecto a los jueces y notarios, pues eran ellos los llamados a resolver las solicitudes que se presentaran para efectivizar ese mandato.

Así, tales funcionarios terminaron siendo el centro de una tormenta política, comoquiera que, de un lado, estaban las organizaciones defensoras de derechos humanos, que propendían por la celebración de matrimonios y, por el otro, un sector de la población, representado por el Procurador General de la Nación, que propugnaba por la ilegalidad de la realización de ese tipo de actos.

Respecto de esta lucha, debe destacarse, en primer lugar, el papel del entonces procurador general, Alejandro Ordoñez Maldonado, quien impulsó una férrea oposición a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, al considerar que la “decisión de 2011 no podía aplicarse sin un nuevo fallo de la Corte y que, mientras esa segunda decisión estuviera pendiente, los jueces y notarios públicos que oficiaran

matrimonios entre parejas del mismo sexo estaban, de hecho, violando la ley” (Lemaitre y Albarracín, 2016, p. 100).

Para defender dicha postura, haciendo uso de sus poderes como director del Ministerio Público, amenazó con la imposición de sanciones disciplinarias, tanto a jueces como a notarios, en caso de que celebraran matrimonios homosexuales, a quienes, además, exhortó a hacer uso de la figura de la objeción de conciencia, para exonerarse de la realización de ese tipo de actos. También ordenó a los procuradores regionales hacer una supervisión de las licencias matrimoniales que solicitaran las personas homosexuales y, a los delegados, oponerse en todo proceso matrimonial judicial (Lemaitre y Albarracín, 2016).

Por su parte, la comunidad LGBT consideró que, al no existir reglamentación al 20 de junio de 2013, las uniones homosexuales “podrían acceder al matrimonio civil porque ¿cuál es sino este, el vínculo contractual que les permite a los individuos constituir familia de manera formal y solemne en Colombia?” (López Medina, 2016, p. 161), por lo que acudieron a elevar solicitudes de matrimonio ante jueces y notarios.

Sobre la situación descrita, Villarreal Márquez (2016) reseñó que:

Debido a la falta de precisión de la Sentencia C-577 de 2011 mediante la cual se declaró la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, muchas parejas de la comunidad LGBTI se han visto gravemente afectadas; han tenido, por mencionar algunos casos, que explicar por qué se quieren casar, han sido sometidos al escarnio público y a la persecución por parte de entidades públicas que deberían velar por los derechos de los ciudadanos —específicamente el Ministerio Público—, han debido responder tutelas, como si su matrimonio fuera violatorio de un derecho fundamental, y han sido tratadas como delincuentes, aun cuando la homosexualidad dejó de ser un delito en Colombia hace más de 34 años (p. 133).

Frente a este panorama, los jueces y notarios adoptaron diferentes posturas. En el caso de los notarios, a través de su unión colegiada, estos determinaron que no harían uso de la figura del matrimonio, al entenderla reservada para las parejas heterosexuales, en virtud de la declaratoria de exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, conforme lo expresó el entonces presidente del Colegio Nacional de Notarios, Álvaro Rojas, en entrevista concedida a la revista *Semana* (Camargo; 5, junio, 2013). Por tanto, para dar cumplimiento a la Sentencia C-577 de 2011, acudieron a “uniones contractuales”, fundadas en la autonomía de la voluntad, que no tenían la potencialidad de modificar el estado civil de una persona (López Medina, 2016).

De otro lado, los jueces, basados en el principio de autonomía e independencia judicial constitucionalmente reconocido, no asumieron una posición en bloque, sino que dependió de cada funcionario interpretar la sentencia. De ahí que algunos celebraron matrimonios, aun contra la oposición de la Procuraduría, mientras que otros se mostraron renuentes a la aplicación de dicha figura, ante el temor de las sanciones disciplinarias anunciadas por este ente.

Según palabras de Villarreal Márquez (2016):

En resumen, se tiene un legislador que no legisla y un tribunal constitucional que toma su lugar, causando graves repercusiones para la comunidad marginada; como consecuencia de ello, jueces incompetentes para determinar el alcance de la sentencia de la Corte —en concreto la C-577 de 2001, para este caso— y notarios con el mismo problema, pero que además carecen de autonomía y están sometidos a la voluntad del Procurador General de la Nación (p. 152).

Esta situación generó una interposición masiva de tutelas por ambas facciones, tanto las que defendían el matrimonio igualitario como las que se oponían a su

implementación, contienda que fue zanjada con la Sentencia SU-214 de 2016³⁸, precedente que se analizará en el siguiente aparte.

1.3.4 Sentencia SU-214 de 2016.

A través de esta providencia, la Corte Constitucional revisó varias acciones de tutela (seis), que pueden ser clasificadas, en los siguientes grupos:

(i) *Contra providencias judiciales*, formuladas por la Procuraduría General de la Nación frente a providencias dictadas por jueces civiles que admitieron solicitudes o celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo.

(ii) *Contra Notarios Públicos*, que se negaron a celebrar matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

(iii) *Contra funcionario encargado del Registro Civil*, quien se negó a inscribir en ese sistema un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo.

En primera medida, la Corporación prohibió la tesis de que los derechos fundamentales se encuentran excluidos del espectro de acción de las mayorías y, por tanto, su eficacia y protección no se encuentra supeditada a la regulación por parte del legislador, comoquiera que la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos a través de la garantía de sus derechos fundamentales, inclusive, cuando ello vaya en contradicción de la voluntad de la generalidad de la población.

Sentado lo anterior, expresó que en el sistema colombiano existen unos derechos fundamentales que ostentan la calidad de *coto vedado*, al ser conquistas no negociables, entre ellas, la de unirse en condiciones de igualdad con otro ser humano, en aras de realizar

³⁸ Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

una vida en común. Entonces, si las normas popularmente expedidas proveen condiciones de igualdad para los ciudadanos, estas deben ser aceptadas por todos; pero, cuando no lo hacen, será preciso acoger otros procedimientos que otorguen dichas condiciones (Corte Const., Sent. SU-214, 2016).

Bajo ese entendido, concluyó que resultaba inaceptable que existieran dos clases de matrimonios, pues ello enviaba un mensaje de inferioridad de algunas personas, al otorgar un trato desproporcionalmente diferenciado, con fundamento en la orientación sexual, lo que soslayaba los derechos a la libertad, dignidad humana e igualdad.

Es decir, que resultaba contradictorio que se aceptara que las parejas del mismo sexo constituían familia, pero para contraer un vínculo marital solemne, debieran recurrir a una figura diferente a la aplicable a las parejas heterosexuales, con efectos jurídicos reducidos e inciertos, por cuanto un sistema constitucional no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos, algunos que puedan contraer matrimonio civil y otros que estén desprovistos de este.

Sobre la Sentencia C-577 de 2011, resaltó que tuvo un doble propósito, toda vez que, de un lado, quiso respetar la facultad legislativa del Congreso de la República y, por otro, permitir que las parejas del mismo sexo pudieran constituir familia a través de un acto contractual marital, en caso de que el legislador no expidiera los parámetros normativos al respecto.

Al verificarse que el Congreso no reguló la materia, como se le requirió en la aludida sentencia, la Corte estimó que a la fecha de expedición de este nuevo pronunciamiento, no se contaba con una opción clara, idónea y jurídicamente eficaz para que las parejas homosexuales pudieran formalizar sus relaciones, dado que la unión marital de hecho y la indeterminada unión solemne resultaban insuficientes para superar el déficit de protección existente, por lo que sostuvo que dicho vínculo contractual no era otro que

el matrimonio civil previsto en el artículo 113 del Código Civil, cuya aplicación se imponía por analogía.

Para sustentar dicha afirmación fijó, entre otras, las siguientes subreglas constitucionales:

Toda persona es digna, libre y autónoma para constituir una familia, sea en forma natural (unión marital de hecho) o unión solemne (matrimonio civil), acorde con su orientación sexual, recibiendo igual trato y protección bajo la Constitución y la ley.

[...]

Los contratos innominados, mediante los cuales se pretende solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, dada su precaria naturaleza jurídica, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011.

[...]

Vencido el plazo fijado por la Corte en su Sentencia C-577 de 2011 (20 de junio de 2013), la ausencia de regulación en materia de unión marital solemne entre parejas del mismo sexo fue colmada mediante la aplicación del numeral 5° de aquella, y en consecuencia, los jueces civiles que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, fundándose para ello en una aplicación analógica del ordenamiento legal vigente y en el respeto de la dignidad humana, actuaron conforme a la Constitución y dentro del ámbito de su autonomía judicial. (Corte Const., Sent. SU-214, 2016)

Para soportar las mencionadas subreglas, el tribunal constitucional indicó que, en virtud al principio de la dignidad humana, el individuo tiene plena autonomía para decidir con quién desea sostener un vínculo marital permanente, bien sea natural o solemne, con el fin de acompañarse, socorrerse y conformar una familia, motivo por el cual el Estado no puede aceptar la existencia de dos clases de uniones solmenes, pues ello constituye un trato diferenciado, fundado en la orientación sexual, lo que contraviene la dignidad humana.

Además, sostuvo que, respecto a la voluntad de relacionarse y conformar familia, debía existir un único vínculo con igualdad de derechos y protección del Estado, lo que resultaba una clara manifestación del derecho fundamental a la igualdad de trato; asimismo, que los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad conllevan que todos los seres humanos puedan contraer matrimonio civil conforme a su orientación sexual.

Con lo anterior, la Corporación concluyó que interpretar que las parejas del mismo sexo debían celebrar un contrato solemne diferente al matrimonio conducía a los siguientes efectos jurídicos:

(i) No se constituye formalmente una familia; (ii) no surgen los deberes de fidelidad y mutuo socorro; (iii) los contratantes no modifican su estado civil; (iv) no se crea una sociedad conyugal; (v) los contratantes no ingresan en el respectivo orden sucesoral; (vi) resulta imposible suscribir capitulaciones; (vii) no se tiene claridad sobre las causales de terminación del vínculo entre los contratantes; (viii) de llegar a establecer su residencia en otros países, las respectivas autoridades no les brindarían la protección legal que tienen los cónyuges a la unión solemne, ya que estas no les reconocen los efectos que tienen en nuestro sistema jurídico; y (ix) en materia tributaria no se podrían invocar ciertos beneficios por tener cónyuge o compañero permanente. (Corte Const., Sent. SU-214, 2016)

En otras palabras, los contratos atípicos celebrados entre parejas del mismo sexo no producían los mismos efectos personales y patrimoniales de un matrimonio civil, motivo

por el cual —como se dijo—, no suplían el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011 y la única senda constitucionalmente aceptable era que los homosexuales accedieran al matrimonio civil de que trata el artículo 113 del Código Civil.

De acuerdo con las anotadas consideraciones y tras adoptar las decisiones pertinentes, respecto de cada uno de los casos particulares que fueron objeto de revisión en la providencia, el tribunal constitucional (Corte Const., Sent. SU-214, 2016) impartió las siguientes órdenes de carácter general:

(i) *Extendió*, con efectos *inter pares*, dicha sentencia de unificación, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio de 2013: (a) hubiesen acudido ante los jueces o notarios del país y que se les negó la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (b) hubiesen celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (c) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se hubiera negado a inscribirlo; y (d) formalizaran su vínculo mediante matrimonio civil, bien ante jueces civiles municipales, ora ante notarios públicos, o ante los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces.

(ii) Declaró que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad a dicha fecha (20 de junio de 2013), gozaban de plena validez jurídica.

(iii) También declaró que los jueces de la república, que hasta la fecha de esa providencia hubiesen celebrado matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo en Colombia, actuaron en los precisos términos de la Carta Política y en aplicación del principio constitucional de la autonomía judicial.

(iv) Advirtió a las autoridades judiciales, a los notarios públicos, a los registradores del estado civil del país, y a los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces, que dicho fallo de unificación tenía carácter vinculante, con efectos *inter pares*.

(v) Ordenó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, adoptar medidas de difusión entre los jueces, notarios públicos y registradores del estado civil del país, el contenido de esa providencia.

Luego, el aporte más significativo de la Sentencia SU-214 de 2016 es que, a partir de su expedición, se instituyó en Colombia el matrimonio igualitario, es decir, se permite en el país que dos hombres o dos mujeres contraigan dicho vínculo, de ser su decisión.

CONCLUSIONES PRELIMINARES

De lo previamente expuesto se pueden extractar las siguientes conclusiones:

En la primera etapa del derecho colombiano, la homosexualidad era una conducta jurídicamente indiferente, pero socialmente reprochada. Cuando se hizo visible fue sancionada penal y disciplinariamente.

En el año de 1980 se logró la despenalización de la homosexualidad, pero siguió siendo castigada disciplinariamente, en el caso de los empleados y funcionarios públicos, al considerar que se ponía en riesgo la dignidad de la investidura, es decir, se seguía estimando que los actos homoeróticos eran desdeñables.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la homosexualidad fue reprochada por la sociedad colombiana, motivo por el cual no fue objeto de protección en su ámbito individual y mucho menos en el de la pareja. Por el contrario, el Derecho era usado como una herramienta disuasoria de este tipo de comportamientos, tipificándolo como delitos o faltas disciplinarias.

Con la expedición de la Constitución de 1991, se comenzó el proceso de reconocimiento y protección de las garantías fundamentales de las personas con orientación sexual diversa, especialmente a través de las interpretaciones que de la Carta Magna hizo la Corte Constitucional.

Inicialmente (periodo 1992-1996), la jurisprudencia constitucional no fue del todo garantista, habida cuenta que fluctuó entre el reconocimiento moderado de derechos y su desconocimiento, reflejando los prejuicios sociales que sobre el homosexualismo imperaban en la época. La condición homosexual se veía como un comportamiento anormal, que debía quedarse en la esfera privada, sin lugar a reclamar reconocimiento social.

En el año 1998, la Corte adoptó una posición garantista, resguardando los derechos de los gays individualmente considerados, con fundamento en los derechos al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación, al considerar la homosexualidad una opción válida en un Estado Social de Derecho como el colombiano.

Sin embargo, en el periodo comprendido entre 1992 y 2007, no se emitió ni un solo pronunciamiento en procura de la protección de las parejas homosexuales, se trató de un rechazo jurídico expreso, en el que incluso se llegó a indicar que no constituían familia.

En el ámbito legislativo, en el lapso de 1991 a 2006, se presentaron algunos proyectos de ley que perseguían regular los efectos civiles y patrimoniales de las uniones homosexuales, los cuales terminaron archivados en su totalidad, principalmente por falta de voluntad política, derivada de la desaprobación pública de este tipo de propuestas, la que fue abiertamente expresada por diferentes estamentos de la sociedad.

La sentencia C-075 de 2007 fue la primera en otorgar reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo, al realizar el examen de exequibilidad de la Ley 54 de 1990, que regula las uniones maritales de hecho.

Con posterioridad a tal pronunciamiento, se expidieron una serie de providencias que extendieron beneficios prestacionales otorgados exclusivamente a parejas heterosexuales a las homosexuales, al encontrar que tenían exigencias de protección análogas, cuya desatención generaba un déficit de protección y un evidente trato discriminatorio.

En dichas oportunidades, la Corte Constitucional indicó que era importante que el legislador regulara estos temas; pero, ante la inactividad del Congreso, el juez debía intervenir a través de la figura de la analogía, garantizando los derechos fundamentales de grupos minoritarios.

Después de publicadas las aludidas sentencias, el Congreso hizo nuevos intentos de regular la situación de las parejas del mismo sexo, todos ellos de nuevo infructuosos. No obstante, se destaca cómo las exposiciones de motivos desechan el concepto de anormalidad y se comienza a hablar de una realidad social.

Tras el reconocimiento jurídico de las uniones maritales de hecho entre personas del mismo sexo, se verificó un cambio en la visión de la sociedad colombiana frente a este tipo de relaciones, impulsado, especialmente, por los medios de comunicación y los movimientos políticos.

Sin embargo, dicho progreso no se reflejó en materia matrimonial, comoquiera que la figura del matrimonio tenía una connotación sagrada y, por tanto, de exclusiva aplicación a la familia tradicional, esto es, la conformada por un hombre y una mujer.

Los contradictores del matrimonio igualitario soportaban su oposición en que aceptar este tipo de uniones implicaba la aceptación de otras conductas reprochables, es decir, se parte de lo desdeñable de las relaciones homosexuales.

La Corte Constitucional, previendo que se le exigiría un pronunciamiento sobre el matrimonio igualitario y considerando el peso político que tendría una decisión de ese tipo, así como la responsabilidad que ello implicaría, petitionó al Congreso de la República que legislara sobre los derechos de las parejas del mismo sexo.

La razón por la cual en Colombia solo se entendía como familia objeto de protección, la monogámica y heterosexual, devenía de las definiciones que sobre ella existen en la Constitución Política (artículo 42) y en el Código Civil (artículo 113).

Dicho concepto fue replanteado con la Sentencia C-577 de 2011, que analizó la constitucionalidad del citado artículo 113 del Código Civil, en la cual se determinó que la referida interpretación tradicional ocasionaba una segregación, pues llevaba a considerar que solo un tipo de familia podía ser objeto de protección y reconocimiento, lo que no resultaba acorde con la realidad social colombiana, en donde se encontraban diferentes tipos de esta.

En esta misma providencia, partiendo de la base de que los elementos definitorios de una familia son los lazos de amor, respeto y solidaridad, así como el de unidad de vida y destinos, la Corte Constitucional concluyó cómo las parejas homosexuales, que cumplen con esos presupuestos, sin duda, constituyen familia y, por tanto, merecen protección del ordenamiento jurídico.

Lo anterior, llevó al tribunal constitucional a afirmar que el contenido del artículo 42 de la Carta no prohibía las uniones entre personas del mismo sexo, sino que regulaba expresamente las heterosexuales; lo que, a su vez, llevaba a predicar que las parejas del mismo sexo podían constituir sus familias por lazos naturales o jurídicos. Pero, encontró un déficit de regulación respecto a ese último aspecto, pues no existía una institución contractual que permitiera optar por un grado mayor de formalización.

Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que carecía de la competencia necesaria para establecer esta figura jurídica, por cuanto ello correspondía al Congreso de la República, por lo que procedió a exhortarlo para que legislara al respecto, concediéndole para esos efectos el término de dos legislaturas y, además, precisó que, si vencido ese plazo no se expedía la regulación, las parejas homosexuales podían acudir ante juez o notario a suscribir un contrato, que les permitiera constituir familia.

En acatamiento de dicho mandato, se presentaron nueve proyectos de ley, en los que se evidenciaban dos vertientes. La primera buscaba instituir una figura nueva para las uniones homosexuales y, la segunda, extender el matrimonio a aquellas. Sin embargo, ninguno de ellos logró aprobación,

Ante la ausencia de regulación legislativa y vencido plazo concedido al Congreso, quedó en manos de jueces y notarios la definición del vínculo contractual al que podrían acceder las uniones homosexuales, toda vez que la Corte no precisó tal aspecto. Esta situación puso a dichos funcionarios en el medio de un debate, entre quienes propugnaban por la ampliación del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo y aquellos que se oponían a tal formalización.

La anotada contienda fue zanjada con la Sentencia SU-214 de 2016, que reconoció el matrimonio igualitario en Colombia, al considerar que el reconocimiento de derechos fundamentales no podía verse limitado por la ausencia de regulación, atribuible al órgano legislativo, ni tampoco a la decisión de las mayorías, por lo que resultaba inaceptable la existencia de dos tipos de matrimonios, basada tal diferenciación en la orientación sexual de las personas.

Luego, ante el innegable déficit de protección del que eran víctimas las uniones del mismo sexo, la sentencia SU-214 de 2016 concluyó que la herramienta más eficaz para superarlo, era ampliar, mediante analogía, el matrimonio civil, comoquiera que otro tipo de uniones solemnes no tendrían los mismos efectos patrimoniales y personales.

2. LA SITUACIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Efectuada una breve exposición sobre el desarrollo de los derechos de los homosexuales, de las parejas del mismo sexo y del matrimonio igualitario en el ordenamiento colombiano, corresponde ahora efectuar idéntico análisis en el sistema interamericano de derechos humanos.

2.1 RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A LA POBLACIÓN DE CONDICIÓN SEXUAL DIVERSA.

En el sistema interamericano, el marco de protección de derechos humanos de las personas de orientación sexual diversa reposa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), especialmente, en sus artículos 1.1 y 24, los cuales establecen, en su orden:

Artículo 1º. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...]

Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Es evidente que estas disposiciones no hacen una referencia explícita de la orientación sexual como objeto de protección ante la discriminación, cuestión que tampoco se encuentra en ninguna otra regla de la citada Convención ni del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conforme lo destacan Casas y Cabezas (2016):

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el mecanismo regional que promueve y protege los derechos humanos de las personas en América Latina y el Caribe. Sin embargo, dentro de este sistema de protección no existe un instrumento o tratado interamericano específico que verse sobre los derechos humanos de las poblaciones LGBTI y que mencione y visibilice las distintas orientaciones sexuales y las identidades de género.

En este vacío, se utiliza como herramienta importante para el respeto de los derechos humanos de estas poblaciones, el análisis y la interpretación de los instrumentos ya existentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), pues estos descansan sobre el principio de igualdad y no discriminación que ampara a las poblaciones LGBTI. (pp. 11 y 12).

Pese a lo anterior, debe destacarse cómo la protección de este grupo (personas con orientación sexual diversa) tomó relevancia, desde el año 2008, en el seno de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), que dio lugar a la expedición de varias resoluciones, a través de las cuales se le dio notoriedad a dicho tópico.

Por ejemplo, en la primera de ellas (OEA; AG/RES. 2435; 2008), la Asamblea manifestó preocupación por los actos de violencia y las trasgresiones de derechos humanos cometidas a causa de la orientación sexual e identidad de género de las personas, por lo que pidió se incluyera el tema en la agenda de sus sesiones ordinarias.

Este inicio tímido fue evolucionando, conforme lo reflejan las resoluciones expedidas con posterioridad. Así, se puede citar la resolución AG/RES. 2504 de 4 de junio

de 2009, en la cual la Asamblea pasa de expresar su preocupación a condenar los actos de violencia y vulneración de derechos humanos de la prenotada población e insta a los Estados a investigar tales afrentas y a proteger a los defensores de derechos humanos que trabajaban en ese campo.

En resoluciones AG/RES. 2600 de 8 de junio de 2010 y AG/RES. 2653 de 7 de junio de 2011, además de lo dispuesto en los actos anteriores, se alentó a los Estados miembros a combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, a través de la adopción de políticas públicas, y se exhortó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que le prestara “adecuada atención al tema” (AG/RES. 2600, 2010; AG/RES. 2653, 2011).

El 4 de junio de 2012, se profirió la resolución AG/RES. 2721, donde, tras insistir en los llamados hechos con anterioridad, requirió a los Estados a eliminar las barreras existentes para la población LGBTI, en la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como a realizar un estudio sobre leyes y disposiciones que limitaran los derechos humanos de estas personas. Exhorto reiterado en las resoluciones AG/RES. 2807 de 6 de junio de 2013, 2863 de 5 de junio de 2014, 2887 de 14 de junio de 2016 y 2908 de 21 de junio de 2017.

Como otros aspectos relevantes en la lucha por la protección de los derechos humanos de dichas personas, en el contexto Interamericano, debe destacarse la creación de la relatoría sobre los derechos de la población LGTBI (que entró en funcionamiento el 25 de febrero de 2014) y la aprobación de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, la cual no se encuentra en vigor, al no haber sido ratificada por el número requerido de Estados miembros.

Dentro de las disposiciones relevantes de la Convención ha de mencionarse que, desde su primer artículo, reconoce que la discriminación puede estar basada “en motivos de nacionalidad, edad, sexo, *orientación sexual, identidad y expresión de género*” (art. 1º,

num. 1° [cursiva ajena al texto original]), entre otras. En su artículo noveno, además, los Estados partes se comprometen a “asegurar que sus sistemas políticos y legales reflejen apropiadamente la diversidad dentro de sus sociedades a fin de atender las necesidades especiales legítimas de cada sector de la población” (art. 9°). Y, de otra parte, se crea el Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y todas las formas de Discriminación e Intolerancia (art. 15, num. iv), cuya finalidad principal la constituye el “monitorear los compromisos asumidos” en dicho acuerdo, lo que la dota de mayor coercibilidad.

En el contexto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), contrario al caso colombiano, no se ha desarrollado una extensa línea de precedentes sobre la protección del mencionado grupo, pues solo tres sentencias han versado sobre ese tema, de las cuales solo una se refirió a las parejas del mismo sexo, pero limitó su estudio a la concesión de un derecho prestacional (pensión de sobrevivientes).

El primer caso analizado fue el denominado *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Corte IDH; Serie C-239; sent. 24, febrero, 2012)³⁹, en el cual se examinó el proceso de tuición promovido por el padre de tres menores, quien alegó que la orientación sexual de la madre resultaba perjudicial y lesiva para ellas, argumento desestimado en las dos primeras instancias, que negaron la custodia reclamada, pero terminó siendo acogido por la Corte Suprema de Justicia de Chile, al resolver un recurso de queja, concediéndose la tuición (cuidado personal) definitiva al progenitor.

A efectos de resolver el asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en lo previsto en el citado artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concluyó que la orientación sexual y la identidad de género de las

³⁹ En esa oportunidad, la Corte se conformó por los jueces Diego García-Sayán, Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco, Margarette May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Alberto Pérez Pérez.

personas, son categorías protegidas por dicho cuerpo normativo y, en tal razón, están prohibidas las normas, actos o prácticas que discriminen en atención a las mismas. En otras palabras, “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual” (Corte IDH; Serie C-239; sent. 24, febrero, 2012), porque ello conllevaría la trasgresión de la mencionada disposición.

Bajo esa perspectiva, se encontró que la Corte Suprema chilena otorgó relevancia significativa a la orientación sexual de Karen Atala Riffo, para efectos de dirimir a quién se le debía otorgar la custodia de las hijas habidas en el matrimonio, sustentando su decisión en el principio de interés superior de las niñas. Sin embargo, omitió determinar, con fundamento en elementos de juicio idóneos, los riesgos o daños que la orientación sexual de la madre podría infringir en las niñas, por lo que no podía servir como medida adecuada para la restricción de la garantía consagrada en el artículo 1.1. de la Convención; es decir, “el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos” (Corte IDH; Serie C-239; sent. 24, febrero, 2012).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, adicionalmente, aprovechó la oportunidad para referirse al concepto de familia, precisando que no es cerrado o que solo se protege la visión tradicional de esta, habida cuenta de que “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida común por fuera del matrimonio” (Corte IDH; Serie C-239; sent. 24, febrero, 2012).

Con fundamento en lo anterior, este tribunal encontró responsable al Estado chileno por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, vida privada y garantía de imparcialidad de la señora Karen Atala Riffo, así como el derecho a la igualdad y no discriminación y derecho a ser oídas de las hijas de esta.

Sobre la relevancia de este precedente, Gutiérrez Castillo (2013) expresó:

[...] De todas las experiencias, la de mayor interés mediático y repercusión jurídica, ha sido la reciente sentencia en el caso *Karen Atala vs. Chile*, que ha constituido un precedente jurisprudencial en la región. Dicha sentencia no solo ha abordado la cuestión de la discriminación por orientación sexual, sino que también lo ha hecho sobre uno de los prejuicios más comunes de la sociedad latinoamericana: la creencia de que la homosexualidad afecta negativamente a los derechos del menor [...]. Permite, además, que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos dé un salto cualitativo en el continente americano en esta materia, al afirmar [...], que la pareja homosexual constituye un núcleo familiar que debe ser objeto de protección por parte del Estado. (p. 387)

Posteriormente, se dictó la sentencia del 26 de febrero de 2016, en el caso *Duque vs. Colombia* (Corte IDH, Serie C-310)⁴⁰. En esta oportunidad, se verificó la responsabilidad del Estado colombiano, al negar la pensión de sobreviviente que reclamó la víctima con ocasión del fallecimiento de su compañero del mismo sexo, reconocimiento al que no pudo acceder, por cuanto la entidad de previsión, mediante acto administrativo, consideró que dicho beneficio no amparaba a las parejas homosexuales.

Para el análisis de la situación planteada, la Corte IDH se fundamentó en lo previsto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que la alegada discriminación se refería a la desigualdad de protección consagrada en una ley interna, razón por la cual para determinar si las normas aplicadas al señor Duque eran discriminatorias, se analizaron los siguientes ítems: (i) si estas establecían una diferencia de trato, (ii) si la diferencia versaba sobre categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención y (iii) si esas diferencias de trato revestían un carácter discriminatorio.

⁴⁰ La sentencia fue suscrita por los Jueces Roberto F. Caldas, Eduardo Ferrer Mac- Gregor Poisot, Manuel E. Ventura Robles, Diego García-Sayán, Alberto Pérez Pérez y Eduardo Vio Grossi.

En relación con el primero de los puntos mencionados, la Corte concluyó que las normas establecían una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales, que podían formar una unión marital de hecho y las del mismo sexo que no podían formarla; lo que conllevaba que las primeras pudieran acceder a la pensión de sobrevivientes, mientras las segundas no (Corte IDH; Serie C-310; Sent. 26, febrero, 2016).

Respecto al segundo, reiteró lo ya expuesto en la anterior providencia, esto es, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la CADH, por lo que los derechos no pueden ser disminuidos, soslayados o restringidos en atención a la orientación sexual de su titular.

En relación con el tercer punto, discernió sobre cómo una diferencia de trato es discriminatoria cuando carece de una justificación objetiva y razonable; así como también que la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa.

Al descender al caso en concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Serie C-310; Sent. 26, febrero, 2016) concluyó que el Estado colombiano no presentó una justificación objetiva y razonable, que explicara su decisión de negar el acceso a la pensión de sobreviviente a la víctima, en atención a su orientación sexual; por el contrario, la existencia de una norma interna, vigente para el año 2002, que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque.

Por lo anterior, la Corte IDH ordenó al Estado colombiano (i) “el trámite prioritario de [una] eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia” por parte del demandante, para lo cual le otorgó el término de tres meses, y reconocer, además, los correspondientes intereses; y (ii) pagar la correspondiente indemnización por costas y gastos (Serie C-310; Sent. 26, febrero, 2016).

Tales mandatos fueron objeto de supervisión de cumplimiento, el 22 de noviembre de 2018. En esta se constata que la víctima presentó solicitud de reconocimiento pensional el 19 de julio de 2016, misma que fue decidida en el término de dos meses, otorgándole la pensión de sobrevivencia en condición de compañero. Sin embargo, se verificó que estaba pendiente lo correspondiente al pago de intereses, así como también “la indemnización por concepto de daño inmaterial y el reintegro de costas y gastos” (Corte IDH; Res. 22, noviembre, 2018).

Posteriormente, el 12 de marzo de 2020, la Corte concluyó que “Colombia pagó a la víctima los intereses correspondientes, de conformidad con la normativa interna colombiana, respecto de los pagos de la pensión de sobrevivencia que no se percibieron”, por lo que dio por concluido el referido caso, toda vez que “la República de Colombia ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas emitida por la Corte el 26 de febrero de 2016” (Corte IDH; Res. 12, marzo, 2020).

Por último, se dictó la providencia de 31 de agosto de 2016, en el caso Flor Freire vs. Ecuador (Corte IDH; Serie C-315)⁴¹, cuya cuestión litigiosa se circunscribió a revisar la separación del cargo de la víctima como funcionario militar de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, con fundamento en el entonces vigente Reglamento de Disciplina Militar, el cual sancionaba con separación del servicio a quien practicara actos sexuales con persona del mismo sexo, cuestión que también se analizó con fundamento en lo previsto en el artículo 24 de la Convención.

Para la resolución de la controversia, se examinó el reglamento de disciplina militar, que sancionaba la comisión de actos sexuales en el marco de las Fuerzas Armadas, verificando que existían dos preceptos que presentaban grandes diferencias en cuanto a la

⁴¹ En esta oportunidad el Tribunal estuvo conformado por Roberto F. Caldas, Eduardo Ferrer Mac- Gregor Poisot, Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, Elizabeth Odio Benito, Eugenio Raúl Zaffaroni.

gravedad de la sanción y el alcance de la conducta sancionada, comoquiera que en ambas dimensiones eran castigados con penas más gravosas los actos homosexuales, lo que sin duda configuraba discriminación de las personas por su orientación sexual.

Seguidamente, tras reiterar lo sostenido sobre el principio de no discriminación frente a la orientación sexual, aseguró que la obligación de no discriminar y el principio de igualdad ante la Ley, eran de cumplimiento inmediato y que el hecho de que en un determinado país no existiera consenso, en relación con el respeto pleno de los derechos de las minorías sexuales, no justificaba que pudiesen soslayarse.

Entonces, el tribunal interamericano (Corte IDH; Serie C-315; 2016) concluyó que con la finalidad de preservar la disciplina militar, era razonable la restricción de sostener relaciones sexuales al interior de las instalaciones castrenses o en servicio; no obstante, no encontró una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales entre personas del mismo sexo, lo que conllevó a presumir que la medida ostentaba un carácter discriminatorio, que tenía como principal efecto el de excluir la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas, pues su conducta era sancionada independiente del ámbito en que se practicara.

De otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha elaborado informes, para establecer el estado de protección de las personas de condición sexual diversa en el continente americano, llegando a la conclusión que ciertos principios y prejuicios imperantes en estas sociedades, son factores que inciden directamente en el disfrute de los derechos de esta población.

En efecto, la Comisión concluyó que:

Las sociedades en América están dominadas por principios arraigados de heteronormatividad, cisonormatividad, jerarquía sexual, los binarios de sexo y género y la misoginia. Estos principios, combinados con la intolerancia

generalizada hacia las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género no normativas y cuerpos diversos; legitiman la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales. La violencia contra las personas LGBTI existe como consecuencia de contextos sociales, sociedades y Estados que no aceptan, y que, de hecho, castigan las sexualidades y las identidades no normativas y aquellos cuerpos que no se ajustan a los estándares sociales de corporalidad femenina o masculina. (CIDH, 2015, p. 49)

No obstante, el informe más reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2018) resalta los avances que se han dado en el reconocimiento, protección y garantías de las prerrogativas fundamentales de las lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), que se han dado como resultado de procesos legislativos, judiciales y de políticas públicas. Progreso que ha generado: “Amenazas de regresión y retrocesos concretos en el reconocimiento de estos derechos, impulsados por sectores anti-derechos LGBTI que han crecido y proliferado en las sociedades de las Américas, hasta el punto de influenciar los órganos e instancias gubernamentales” (p. 133).

Lo anterior, lleva a concluir que la labor de protección sigue inconclusa, por lo que es necesario que los Estados sigan trabajando en ello.

2.2 MATRIMONIO IGUALITARIO.

En el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el matrimonio igualitario no ha tenido un extenso trasegar, pues se limita a la opinión consultiva dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, OC-24, 2017)⁴², atendiendo la solicitud elevada por la República de Costa Rica, el 18 de mayo de 2016.

⁴² Suscrita por los jueces: Roberto F. Caldas, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, Elizabeth Odio Benito, Eugenio Raúl Zaffaroni y L. Patricio Pazmiño Freire.

En dicha oportunidad, el mencionado Estado petitionó al tribunal pronunciarse sobre varios aspectos. Y, en lo relativo a los fines de este trabajo, preguntó:

[...]

4. “Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1° y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?”, y

5. “En caso [de] que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”. (Corte IDH, OC-24, 2017)

Al igual que en la Constitución Política de Colombia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene un precepto destinado a la protección de la familia (artículo 17), el cual, en lo concerniente al matrimonio, dispone:

[...]

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. (CADH, 1969, art. 17)

Para resolver dicha consulta, la Corte IDH reiteró aquello que había expuesto por vía contenciosa, esto es, que se encuentran proscritas por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria, fundamentada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas, y que el hecho de que no exista consenso pleno en algunos países sobre el respeto de las garantías de ciertos grupos no puede ser un argumento válido para negar o restringir sus derechos humanos y perpetuar la discriminación de la que han sido víctimas.

Recordó que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no existe un concepto cerrado de familia, ni se protege solamente un modelo en particular de la misma. En tal entendido, el numeral 2º del artículo 17 de la CADH reconoce el derecho del hombre y la mujer de contraer matrimonio y fundar familia, sin que se trate de una definición restrictiva, pues simplemente estableció de forma expresa la protección convencional de una modalidad de matrimonio, sin que por ello deba entenderse que es la única forma de familia salvaguardada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que no existían motivos para desconocer el vínculo que dos personas del mismo sexo puedan establecer con ánimo de permanencia, emprendiendo un proyecto de vida fundado en la cooperación y el apoyo mutuo, por lo que era obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos, de acuerdo a la Convención, respetando los derechos a la igualdad y no discriminación.

De otro lado, señaló que el ámbito de protección del vínculo familiar de una unión del mismo sexo trasciende a las cuestiones meramente patrimoniales, pues deben otorgársele todos los derechos y obligaciones reconocidos en las legislaciones internas a las parejas heterosexuales

Consecuentemente, estimó que el mecanismo más sencillo y eficaz para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo sería la extensión de las instituciones jurídicas existentes a favor de las uniones heterosexuales, entre ellas, la del matrimonio; y que crear una institución que produzca los mismos efectos, pero que reciba otra denominación, carece de todo sentido, máxime cuando esto conllevaría estigmatización y subestimación, por lo que concluyó:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. (Corte IDH; OC-24, 2017)

Finalmente, ofreciendo respuesta a la consulta elevada, otorgó en síntesis los siguientes conceptos (Corte IDH; OC-24, 2017):

(i) La Convención Americana protege el vínculo familiar que pueda derivar de una relación entre personas del mismo sexo.

(ii) Por tal razón, los Estados deben garantizar todos los derechos que tengan origen en un vínculo familiar de este tipo.

(iii) Para ello deben asegurar el acceso a las parejas del mismo sexo a todas las figuras jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico interno, incluyendo el matrimonio, para asegurar la cabal protección de sus derechos, sin discriminación alguna.

Con la estudiada opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo expresa su posición con relación al matrimonio de parejas del mismo sexo, al considerar que conformaban familia y, por tanto, eran dignas de la misma protección que se otorgaba a las parejas heterosexuales al interior de los Estados partes, en condiciones de igualdad. En palabras de Zelada (2018):

Con estas afirmaciones, la Corte IDH se distanciaba kiloméricamente de los sistemas universal y europeo para afirmar a viva voz lo que sus pares no se habían atrevido: que la creación de instituciones no matrimoniales solo para parejas del mismo sexo constituye un acto discriminatorio por orientación sexual. Que, si hay matrimonio, este siempre debe ser igualitario. Y que no cabe margen de apreciación alguno que justifique la intangibilidad de las instituciones afectivas (p. 186).

Ahora bien, ello no implica que la totalidad de Estados bajo la jurisdicción de la Corte IDH garanticen el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Por el contrario, como quedó evidenciado en el 170 periodo de sesiones ordinarias, celebrado en diciembre de 2018, que contó con la participación de movimientos ciudadanos de México, Panamá, Honduras, Guatemala, Costa Rica y Chile, algunos países no están acatando la Opinión Consultiva 24 de 2017, pues aún existen, o se pretende expedir, normas que prohíben las uniones solemnes o de hecho entre homosexuales, propuestas impulsadas por grupos ultraconservadores.

Adicionalmente, en tal oportunidad, los movimientos ciudadanos solicitaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que: (i) se promulgue una declaración sobre la implementación de la Opinión Consultiva 24 de 2017, en la que los Estados partes se comprometan, en un plazo de dieciocho meses, a ajustar las figuras existentes en sus

ordenamientos jurídicos, para garantizar el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo, (ii) emitan medidas provisionales en contra de aquellos Estados que no firmen dicha declaración en un plazo de seis meses, contados a partir de su promulgación y (iii) expidan medidas cautelares contra aquellos Estados que no ajusten sus ordenamientos internos en el plazo establecido.

La mencionada Opinión Consultiva 24 de 2017 generó todo tipo de efectos. De un lado, las organizaciones defensoras de derechos humanos celebraron lo allí consignado, al considerar que era un avance significativo hacia la reivindicación de los derechos de la comunidad LGBTI; Del otro, algunos Estados consideraron que la amplitud de la misma constituía una intromisión en su derecho interno e, incluso, llegaron a cuestionar el carácter vinculante de este tipo de actos —aspecto, este último, objeto de análisis en el siguiente capítulo—.

No obstante, cabe añadir, como lo señaló Rivera (2017):

La emisión de la OC 24/17 y el deber de observar su contenido no pueden ser vistos como parte de un ataque a la individualidad estatal, sino como una consecuencia de la proclamación expresa de la voluntad del Estado de formar parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (p. 134).

CONCLUSIONES PRELIMINARES

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no existe una referencia explícita de la orientación sexual como objeto de protección ante la discriminación. Por tal razón, se ha acudido a lo dispuesto en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Mediante varias resoluciones, a partir del año 2008, la Organización de Estados Americanos ha hecho múltiples llamados a sus Estados miembros para que cesen los actos

de violencia y discriminación contra la población LGBTI, requiriéndoles adoptar las medidas necesarias para el efecto.

Respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no existe una amplia línea de precedentes sobre la protección de la población con orientación sexual diversa, pues solo existen tres sentencias y solo una versó sobre el tema de las parejas del mismo sexo.

En dichos fallos, la Corte IDH de manera reiterada consideró que no podían existir normas, decisiones o prácticas de los Estados partes que desconocieran o limitaran los derechos de una persona por su orientación sexual. Adicionalmente, expresó que toda limitación de un derecho debe estar suficientemente motivada en argumentos serios y exhaustivos.

Conforme a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se verifica que los estereotipos y prejuicios que han impedido en Colombia el pleno reconocimiento de los derechos de los homosexuales, en sus órbitas individual y de pareja, también están presente en América Latina, con consecuencias idénticas.

En el ámbito interamericano solo existe un pronunciamiento sobre matrimonio igualitario, contenido en la Opinión Consultiva 24 de 2017, que reiteró la prohibición de discriminar a las personas con fundamento en su orientación sexual y, además, destacó que la ausencia de consenso pleno sobre el respeto del derecho de ciertos grupos no justificaba la omisión en el reconocimiento de derechos humanos.

De otro lado, resaltó que el ordenamiento interamericano no contempla un concepto cerrado de familia y que, por tanto, la definición contemplada en el artículo 17 (num. 2º) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no excluye la protección de otro tipo de uniones matrimoniales, entre ellas, las constituidas por personas del mismo sexo,

quienes merecen igual protección, no solo en materia patrimonial, sino también personal y de derechos y obligaciones.

Ante ese panorama, concluyó que la herramienta de protección a aplicar por los Estados partes, debía ser la extensión del matrimonio a las uniones homosexuales, pues no era aceptable la creación de otra figura con iguales efectos, habida cuenta de que ello conllevaría la estigmatización de dichas parejas y la vulneración de su derecho a la igualdad.

La expedición de la Opinión Consultiva 24 de 2017 ha generado resistencia en algunos Estados, que se han negado a cumplirla e, incluso, han promovido normas enfiladas a prohibir el matrimonio igualitario, fundados en que dicho concepto no resulta vinculante.

Algunos Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aún no reconocen el matrimonio igualitario.

3. MATRIMONIO IGUALITARIO: UN DIÁLOGO CON LA CONVENCIONALIDAD

En los capítulos anteriores se analizó la evolución del reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en los sistemas colombiano e interamericano, para lo cual se examinaron las normas, los procesos legislativos, así como las providencias judiciales, que se expidieron en relación con dicho aspecto y que desembocaron en la extensión de la figura matrimonial a las uniones homosexuales.

Corresponde ahora indagar si las autoridades colombianas efectuaron control de convencionalidad, al momento de decidir sobre la implementación del matrimonio igualitario y, de haberlo hecho, si dicho control se ajustó a los parámetros actualmente

definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con miras a adelantar esta labor, se examinarán las diferentes etapas que sobre el particular se presentaron en Colombia⁴³, proceso que culminó con la Sentencia SU-214 de 2016.

En este orden de ideas, debe memorarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el control de convencionalidad:

- (a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH⁴⁴, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- (b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- (c) para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- (d) es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y
- (e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. (Corte IDH, 2019, pp. 10 y 11).

Además, debe tenerse en cuenta que dicho control tiene dos dimensiones: concentrado y difuso. La primera de ellas, el control concentrado, es definido por Gil (2019), como el que realiza la Corte IDH “cada vez que declara la responsabilidad

⁴³ Las referidas etapas fueron ampliamente descritas en los capítulos 1 y 2 de este escrito.

⁴⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

internacional de los diferentes Estados parte, especialmente, cuando ordena modificaciones a su derecho interno con el fin de adecuarlo a la norma convencional” (p. 41); o, en palabras de Quinche (2017), corresponde “al escrutinio que ejerce la Corte Interamericana sobre las normas proferidas por los Estados parte, a partir de la figura de la violación *per se* de la Convención” (p. 44).

Respecto a la segunda, el control difuso, Santofimio (2017) destaca que:

[...] De este aspecto de la convencionalidad surge claramente una clara regla de excepción a las funciones concentradas de control de la CIDH⁴⁵ que habilita a los funcionarios y servidores de todos los poderes y entidades públicas de los Estados miembros a ejercer el control de convencionalidad, mecanismo este concebido, con mayor precisión, en la doctrina como el “control difuso de convencionalidad”, cuyo destinatario inicialmente lo fue todo juez nacional en el ámbito de sus competencias, y que reconduce al ejercicio efectivo de garantizar en todo caso y asunto de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos” [Ferrer MacGregor, s. d.]. (pp. 469 y 470)

En otras palabras, el control concentrado de convencionalidad compete, exclusivamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras que el difuso deben hacerlo todas las autoridades de los Estados sometidos a la jurisdicción de dicho tribunal internacional. Además, ese control consiste en confrontar no solo las normas, sino también las prácticas de tales Estados, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las interpretaciones que sobre ella efectúa la Corte IDH, los tratados sobre derechos humanos vigentes y las opiniones consultivas de esa Corporación.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en este trabajo).

Respecto del control difuso, además, es preciso destacar que en su génesis fue concebido como un instrumento a través del cual se inaplicaban normas contrarias a la CADH; sin embargo, esa visión inicial evolucionó en el año 2009, con la expedición de la sentencia *Radilla Pacheco Vs. México*⁴⁶, en la que, según Tello (2016), la Corte IDH “afirmó que la sola emisión o supresión de normas no bastaba para garantizar el cumplimiento de la CADH, que era preciso también que los jueces realicen una interpretación conforme” (p. 88).

De ahí que dicho autor destacara, siguiendo a Néstor Sagüés⁴⁷, que:

[...] desde *Almonacid Arellano* hasta *Radilla Pacheco* se tenía sólo un control de convencionalidad destructivo, centrado en la inaplicación normativa, pero que a partir de esta última sentencia se incorporó un control de convencionalidad constructivo, pues se daba espacio al rescate de la normativa interna mediante la interpretación conforme, sea a través de un proceso de selección interpretativa o de un proceso de construcción de interpretaciones. (pp. 88 y 89).

Sobre este mismo aspecto, Gil (2019), destaca que:

[...] el control de convencionalidad no es simple y llanamente dejar de aplicar una norma del orden nacional por contravenir una convencional, toda vez que ese entendimiento dejaría por fuera la esencia armonizadora de este control. Esta armonización entre el orden interno y el convencional es la base del control de

⁴⁶ En esa oportunidad, la Corte se conformó por los jueces Humberto Antonio Sierra Porto, Roberto F. Caldas, Manuel E. Ventura Robles, Alberto Pérez Pérez y Eduardo Bio Grossi.

⁴⁷ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). “Diálogo jurisprudencial e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Seminario internacional realizado en el marco del 48° Período Extraordinario de Sesiones, dado entre el 7 y 11 de octubre de 2013. Ciudad de México – Estados Unidos Mexicanos. El enlace electrónico es el que sigue: <https://vimeo.com/album/2565106/video/76720365> (consultado el 29 de agosto de 2015). Véase a partir del 51’30”.

convencionalidad y se logra a través del principio de *interpretación conforme*⁴⁸ de las normas nacionales con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia de la Corte IDH. (p. 49).

De acuerdo a lo anterior, la doctrina ha concluido que existen varios “grados” de control difuso de convencionalidad, conforme lo señala Acosta (2015), siguiendo a Ferrer Mac-Gregor, destacando que:

[...] existirían, en palabras de este autor, un grado mínimo, uno intermedio y uno máximo de control. El primero es el que se limita a adelantar una interpretación conforme, bien sea porque no es necesario expulsar la norma del ordenamiento o porque el juez que ejerce el control no tiene competencia para hacerlo; el segundo es el grado medio de intensidad, que es el que se da cuando, de no ser posible la interpretación conforme y pese a que el juez que ejerce el control no tiene la posibilidad de expulsarla del ordenamiento, sí que puede abstenerse de usarla para el caso en cuestión; finalmente, está el control de intensidad máxima, esto es, el ejercido por los jueces constitucionales quienes al descubrir imposible la interpretación conforme deciden expulsar la norma del ordenamiento jurídico. (pp. 78 y 79).

Con los elementos del control de convencionalidad claros, incumbe inspeccionar el decurso del reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia —conforme se anunció previamente—, con la finalidad de determinar si tal control fue efectuado, en su dimensión difusa, por las autoridades locales en las diferentes etapas de tal proceso.

⁴⁸ Este principio es definido por Gil (2019), siguiendo Ferrer Mac-Gregor, como “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección” (p. 60).

Bajo esa óptica, el primero de los antecedentes que se debe destacar, es la omisión en la que incurrió el Congreso colombiano de regular el matrimonio frente a las uniones homosexuales, habida cuenta de que —como se reseñó antes—, previamente a la Sentencia C-577 de 2011, dicho órgano no impulsó una sola iniciativa sobre la materia, pues los ocho proyectos de ley que se presentaron buscaron regular los efectos patrimoniales de ese tipo de parejas y conceder otros beneficios, pero nunca se planteó la posibilidad de extender la figura matrimonial.

Al respecto, debe destacarse que los órganos legislativos, como autoridades públicas nacionales, también están llamados a ejercer el referido control de convencionalidad difuso, aspecto sobre el cual Quinche (2017), expone:

El poder legislativo de los Estados Parte tiene dos tipos de vinculaciones: una negativa, por la que deben abstenerse de violar la Constitución de su país y las convenciones sobre derechos humanos y una positiva, que les impone la obligación de desarrollar los mandatos constitucionales y convencionales. Sin embargo, el legislador, además de violar expresamente la Constitución o las convenciones internacionales mediante leyes, también incurre en omisiones o en silencios que aparejan la violación de la Carta Política y de las convenciones, casos en los que debe concurrir el control de convencionalidad (p. 53).

Es decir, en esta primera etapa se verifica que el legislador colombiano desconoció sus deberes convencionales, específicamente, porque omitió regular el tema matrimonial en tratándose de parejas del mismo sexo, a pesar del déficit de protección que existía.

Como segundo punto de referencia de este análisis, ha de traerse a colación la Sentencia C-577 de 2011, destacando de entrada que esta providencia constituyó un avance significativo, aunque insuficiente, en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues con su pronunciamiento no se llegó a una solución definitiva.

Y es que —como se observó en los capítulos precedentes—, desde 2007 hasta 2011, se declaró la exequibilidad condicionada de veintitrés normas distintas, por medio de seis sentencias dictadas por la Corte Constitucional, en las que se hicieron extensivos beneficios de carácter económico y no económico a favor de las parejas del mismo sexo, inicialmente reservados por el legislador a las parejas heterosexuales, al evidenciar la existencia de un déficit de protección y habida cuenta de que la situación de ambas parejas resultaba asimilable.

En esas decisiones judiciales, la Corte aceptó como menester que dichos tópicos fueran regulados por el legislador; sin embargo, ante la ausencia de normativa, y mientras ello se producía, destacó que el juez constitucional debía intervenir haciendo uso de la analogía, en aquellos casos donde las figuras jurídicas fueran compatibles para ambos tipos de parejas, pues la inexistencia de regulación no podía ser óbice para la protección y el ejercicio de derechos fundamentales.

Esas providencias, incluso, cumplían con el mandato que le es exigible a las autoridades nacionales en ejercicio del control de convencionalidad, comoquiera que, en palabras de Ayala Corao (2013):

Se trata por tanto de una obligación totalizante, ya que comprende y compete a todos los órganos del poder público del Estado, ello es, tanto legislativos como de gobierno, administrativos y judiciales. De esta manera, todos los órganos del Estado deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, como es la CADH. Pero además, si por cualquier razón no lo han hecho así (ya sea que por acción errada, por negligencia, omisión o ineficacia), los Estados deben entonces adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos dichos derechos (como es citado en Gozáni, 2017, p. 208). (p. 104 y ss)

No obstante, en la Sentencia C-577 de 2011, el tribunal constitucional colombiano concluyó que no era el llamado a garantizar la existencia de una figura contractual para que

las parejas del mismo sexo formalizaran su unión, pues quien gozaba de esa competencia era el Congreso de la República, siendo el obligado a regular los temas más importantes de la sociedad.

Además, apartándose de las consideraciones expuestas en otras sentencias, arguyó que la figura de la analogía no podía usarse, tratándose del matrimonio, pues su aplicación debía ser limitada por supuestos normativos concretos, que no se presentaban en la unión matrimonial, que abarcaba un gran número de relaciones jurídicas y producía efectos en distintas áreas.

Así pues, la máxima instancia judicial constitucional de Colombia olvidó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, destacó que:

[...] Todo operador de justicia debe “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales”, tarea que se enmarcaría al interior de las dos vertientes de medidas que derivan del artículo 2° de la CADH, a decir: (i) la supresión de normas y prácticas que contravengan la Convención, y (ii) la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (Tello Mendoza, 2016, p. 68)

La posición proijada en la Sentencia C-577 de 2011 no solo contraría aquella sostenida por la Corporación a lo largo de casi cinco años, sino también la que finalmente expuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a lo que se suma, que se dejó a disposición del legislador el determinar cuál era el vínculo contractual al que debían recurrir las parejas del mismo sexo, pues en ningún momento se afirmó que se tratara del matrimonio; por el contrario, siempre se hizo referencia a que su regulación correspondía al legislador, quien contaba con distintas alternativas.

Aunado a lo anterior, es importante destacar que la Corte colombiana consideró que las normas acusadas no estaban viciadas de inconstitucionalidad, por cuanto no desconocían tratados internacionales, pues los mismos referían que el matrimonio era celebrado entre un hombre y una mujer, por lo que no se podía deducir que establecieran la obligación de los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Pese a los retrocesos antes evidenciados, también deben resaltarse los avances obtenidos a través de la sentencia estudiada; por ejemplo, que por primera vez se reconoció que las parejas del mismo sexo con vocación de permanencia constituían familia y por lo tanto tenían derecho a acceder a un vínculo contractual que solemnizara su unión, aclarando que tal garantía es de índole constitucional.

De esta manera, se observa cómo, la posición expuesta por la Corte Constitucional en el año 2011, terminaría confluyendo con la que posteriormente prohijó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24 de 2017, específicamente, al reconocer que no existe un concepto único de familia que deba ser protegido y que la expresa consagración nacional y convencional de que el matrimonio se contrae entre un hombre y una mujer, no implica que las parejas del mismo sexo no puedan ser beneficiarias de dicho vínculo.

En este punto, cabe añadir, que la confrontación que se hace de estas dos decisiones (sentencia C-577 de 2011 y Opinión Consultiva 24 de 2017), resulta relevante, pues la interpretación que realizó la Corte IDH en el año 2017, se fundamenta en normas convencionales existentes, incluso, con anterioridad al año 2011 y que, de alguna manera, fueron inobservadas por el Tribunal Constitucional Colombiano, en otras cuestiones, a saber:

(i) El tribunal constitucional colombiano reinterpretó el artículo 42 superior, para otorgar una definición de familia y de matrimonio acorde con el Estado Social de Derecho y los lineamientos internacionales. Sin embargo, en esta oportunidad, la Corporación se

quedó corta, pues, aunque evidenció el déficit de protección, permitió que se siguiera presentando, amparada en que dicha regulación debía ser efectuada por el legislador, quien era el competente para tales efectos. Así, desconoció que, ante la actitud omisiva del poder legislativo, correspondía a ese organismo judicial enmendar la violación detectada.

(ii) La Corte Constitucional desconoció asimismo que se encuentra proscrito todo trato diferenciado, con fundamento en un criterio sospechoso, como lo es la orientación sexual; que los principios de igualdad y no discriminación son de cumplimiento inmediato y, por tal razón, en aras de garantizar la eficacia de los mismos, no solo podía, sino que debía adoptar decisiones que permitieran, desde dicha calenda, que las personas del mismo sexo accedieran al matrimonio.

(iii) El alto tribunal tampoco tuvo en cuenta que la inexistencia del consenso, en relación con los derechos que deben otorgarse a las minorías sexuales, no era excusa para no proceder al reconocimiento de los mismos. En tal razón, no podía simplemente encomendar esta labor al legislador, sustrayéndose de su obligación de proteger los derechos fundamentales de aquellos grupos, que no cuentan con mayorías significativas y, en consecuencia, carecen de representación popular, pues se corría el riesgo de que el desinterés legislativo respecto a este tópico prolongara el desconocimiento o restricción de los derechos de las parejas del mismo sexo, como efectivamente aconteció.

(iv) De otro lado, la Corte Constitucional colombiana indicó que el Congreso de la República podía hacer uso de cualquier figura para regular la unión contractual y solemne entre personas del mismo sexo, toda vez que el matrimonio no era la única senda viable. Es decir, la garante de la Constitución abrió la posibilidad de que se otorgara un trato diferenciado a las parejas del mismo sexo, sin fundamentar rigurosamente tal decisión, pues no sustentó tal posibilidad en lo absoluto, aun cuando era su obligación apelar a argumentos serios y exhaustivos y no a simples estereotipos.

Ello, además, no resulta conforme con lo que, posteriormente, concluyó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la mencionada opinión consultiva, cuando destacó que:

[...] Crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos, pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana. (Corte IDH, OC-24, 2017)

(v) En la Sentencia C-577 de 2011 se desechó la aplicación de la analogía, sin miramiento acerca de que el mecanismo más sencillo y eficaz para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, según lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era la extensión del matrimonio a favor de éstas y que crear una institución con los mismos efectos, pero con otra denominación, conllevaría a estigmatización y subestimación.

(vi) Finalmente, es menester precisar que en la providencia estudiada, la Corte interpretó que no existía una obligación internacional de garantizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, lo que se aparta de la posición expuesta en la Opinión Consultiva 24 de 2017, en la que expresamente la Corte IDH refirió que era obligación de los Estados partes

reconocer los vínculos familiares de las parejas homosexuales y protegerlos de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Luego, es evidente que aun antes de la expedición de la opinión consultiva del 2017, el estado colombiano estaba obligado a proteger los vínculos familiares derivados de las relaciones de las parejas homosexuales, otorgándoles la posibilidad de construirlos bajo figuras de facto (unión marital de hecho) o jurídicas (matrimonio), comoquiera que el principio de no discriminación, consagrado en los artículos 1.1 y 24 de la CADH, impera en el sistema interamericano de derechos humanos, incluso, con anterioridad de la expedición de la referida sentencia del año 2011.

En otras palabras, la Corte Constitucional estaba en la obligación de efectuar una interpretación conforme de las normas colombianas, con la finalidad de armonizarlas con la citada Convención, actuación que podía realizar en ejercicio del denominado control de convencionalidad difuso, incluso, en su grado mínimo⁴⁹, pues no era necesario expulsar las disposiciones que regulaban el matrimonio en el ordenamiento jurídico nacional, sino ajustar su hermenéutica al referido tratado internacional.

Entonces, si bien las decisiones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sede contenciosa y consultiva, datan de fecha posterior a la expedición de la Sentencia C-577 de 2011; lo cierto es que tal circunstancia no era óbice para que el tribunal colombiano efectuara un adecuado control difuso de convencionalidad, como se expresó en antelación.

Lo anterior, además, en la medida en que el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁰: “Es enfático al señalar que ninguna disposición puede ser

⁴⁹ Sobre el particular, remitirse a la explicación sobre los grados de control de convencionalidad, referidos a página 81 de este trabajo.

⁵⁰ El citado precepto establece: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] (a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de

interpretada de tal forma que implique la limitación, supresión o la exclusión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por la CADH”, por lo que “las autoridades nacionales, en sus interpretaciones, pueden ampliar el rango de protección de los derechos y libertades, pero nunca coartarlas” (Gil, 2019, p. 54), mandato que claramente desconoció la Corte Constitucional, al no escoger, de las interpretaciones posibles, aquella que garantizara de mejor manera los derechos fundamentales que venían siendo coartados a la población LGTBI en materia matrimonial. Por el contrario, la Corporación optó por dilatar la resolución del déficit de protección detectado, delegando dicha tarea al Congreso, órgano que se había mostrado renuente a solucionar la problemática.

Adicionalmente, no puede dejarse de lado que, como lo sostiene Santofimio (2017), “allí donde el juez no esté gobernado de manera estricta por una norma positiva convencional o su marco jurídico ampliado, sino por la incertidumbre, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización” (p. 417), tales como el principio *pro homine* o pro persona: “criterio hermenéutico que busca siempre la alternativa más favorable al individuo y con ello la tutela más amplia y efectiva de sus derechos; [asimismo], cuando de limitaciones o condicionamientos se trata, se acude a la norma o interpretación menos restrictiva” (Gil, 2019, p. 67).

Entonces, es evidente que si bien la Corte Constitucional no contaba con una norma convencional específica, que tratara sobre el matrimonio igualitario, o con interpretaciones que sobre el particular hubiese efectuado la Corte Interamericana de Derecho Humanos, lo cierto es que debió definir la controversia, siguiendo principios interpretativos tales como

los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; [...] (b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; [...] (c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y [...] (d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

el *pro homine* y de *interpretación conforme*, en atención a los cuales debía efectuarse una interpretación amplia de la norma que regulaba la figura matrimonial (art. 17, CADH, 1969)⁵¹, para concluir que la misma amparaba a las uniones homosexuales y no optar por la hermenéutica más restrictiva, como efectivamente lo hizo.

Así las cosas, a pesar de que el tribunal constitucional colombiano hizo mención a las normas internacionales, con miras a predicar que no se desconocían, no puede entenderse que con dicha labor efectuó una especie de control de convencionalidad, pues lo cierto es que dejó de lado aquellos criterios interpretativos que permitían superar la situación de desprotección en que se encontraban las parejas del mismo sexo, permitiendo que los derechos de tales sujetos continuaran siendo vulnerados.

Por tal razón, se impone concluir que, en atención a los parámetros de control actualmente existentes, especialmente la interpretación que de la Convención ha realizado en materia contenciosa y consultiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el fallo dictado no cumplía con los estándares interamericanos, quedándose corto en la protección que debía otorgar; pues, si bien reconoció el derecho fundamental de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, lo dejó sin eficacia, al encomendar su regulación al Congreso de la República y otorgar la posibilidad de que, en todo caso, pasado un periodo prudencial, dicha población pudiera acceder a un contrato marital innominado, cuyos efectos eran desconocidos.

Otro antecedente relevante, se encuentra en la actitud que adoptaron los jueces y notarios, una vez venció el término concedido al Congreso colombiano en la Sentencia C-577 de 2011, pues recuérdese que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “estableció que no solo el poder judicial o todas aquellas autoridades que ejerzan funciones

⁵¹ La norma establece, en su aparte pertinente: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

jurisdiccionales eran responsables de la aplicación del control de convencionalidad, sino también toda autoridad pública estatal sin excepción, esto es, todos los poderes del Estado” (Tello Mendoza, 2016, p. 89).

Tratándose de los notarios —según se expuso anteriormente—, estos adoptaron una posición restrictiva, pues decidieron no hacer uso de la figura matrimonial al entenderla reservada a las parejas heterosexuales, por lo que optaron por uniones contractuales fundadas en la autonomía de la voluntad, imponiendo un trato diferenciado a la unión homosexual.

Es decir, nuevamente, un organismo encargado de ejercer funciones públicas y, por tanto, obligado a efectuar control de convencionalidad, optó por la interpretación más restrictiva, impidiendo a las parejas del mismo sexo acceder al vínculo matrimonial e, incluso, instituyó una figura diferenciada para poder solemnizar sus relaciones, cuestión que, sin duda, trasgredía sus garantías constitucionales.

Respecto a los jueces, a diferencia de los notarios, debe destacarse cómo estos no tomaron una posición en bloque, habida cuenta de que, fundados en el principio de autonomía judicial, cada funcionario interpretó la Sentencia C-577 de 2011 y algunos de ellos concluyeron que lo procedente era aplicar la figura del matrimonio, mientras otros optaron por una figura contractual innominada.

Luego, es claro, esta disparidad de posturas surgidas al interior de la Rama Judicial imponía un manto de inseguridad en materia de protección de derechos, porque cuando una unión homosexual presentaba la solicitud de matrimonio, esta no sabía con certeza el trámite a recibir, pues ello dependía de la tesis prohijada por el juez al que correspondiera tramitarla. Situación que también comprometía las garantías constitucionales de esa población e impide predicar que el poder judicial, como órgano estatal, aplicó un debido control de convencionalidad, comoquiera que no se verificaba la existencia de una postura consolidada entre los operadores de justicia.

De otro lado, es imposible dejar de referirse a las acciones impulsadas desde el Ministerio Público, por iniciativa del Procurador General de la Nación, pues, si bien él tenía la función constitucional de guarda y promoción de los derechos humanos (art. 118, Constitución Política, 1991)⁵², en materia de matrimonio igualitario, resolvió iniciar una persecución contra los funcionarios públicos que decidieron acceder a las solicitudes matrimoniales de las parejas del mismo sexo, circunstancia que denota cómo esa entidad tampoco adelantó el control difuso de convencionalidad que le competía. De haberlo efectuado, hubiese propendido por la adopción de la interpretación menos restrictiva, que conllevara la concesión del derecho a contraer matrimonio a las uniones homosexuales.

Todo lo anterior, lleva a predicar que hasta el año 2016 en el país se negó, limitó u obstruyó el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, por causa de una falla sistemática de las autoridades colombianas, atendiendo que es atribuible a organismos de todas las circunscripciones (poder legislativo, poder judicial y hasta entidades de control). Si tal suceso de eventos hubiera sido sometido al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en desarrollo del control concentrado de convencionalidad, hubiese acarreado una declaratoria de responsabilidad internacional, tal como ocurrió en el caso *Duque vs. Colombia*. En otras palabras, en dicho lapso, la regulación del matrimonio igualitario en Colombia no hubiese superado el control concentrado de convencionalidad.

Sobre el particular —recuérdese—, como lo señala Gozaíni (2017), el ejercicio del control de convencionalidad se deriva de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 2º, CADH, 1969)⁵³, por lo que “la omisión de este deber por parte

⁵² El aparte pertinente de esa norma reza: “Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

⁵³ La normativa establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen

de las autoridades judiciales puede convertirse en un hecho generador de responsabilidad internacional para el Estado” (p. 323).

Ahora, el último peldaño en el reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia lo constituye la Sentencia SU-214 de 2016, pues en dicho pronunciamiento la Corte Constitucional corrigió las deficiencias señaladas anteriormente, comoquiera que, como fundamento de su determinación, aseguró que los derechos fundamentales se encuentran excluidos del espectro de acción de las mayorías, por lo que su eficacia no puede encontrarse condicionada a la regulación de los mismos por parte del legislador. Razón por la cual, en caso de que las normas popularmente expedidas no provean condiciones de igualdad para los ciudadanos, deben acogerse otros procedimientos que las otorguen.

Además, en la providencia se encontró inaceptable que existieran dos clases de matrimonio, pues ello enviaría un mensaje de inferioridad en relación con algunas personas, al otorgarles un trato injustificadamente diferenciado, en atención a su orientación sexual; y que una indeterminada unión solemne resultaba insuficiente para superar el déficit de protección existente, al no producir los mismos efectos personales y patrimoniales del matrimonio civil.

Se afirmó, asimismo, que la competencia de la Corporación se sustentaba en la protección de los derechos fundamentales de los grupos minoritarios y, por este motivo, en aras de superar el déficit evidenciado en Sentencia C-577 de 2011, el vínculo contractual para que las parejas del mismo sexo pudieran solemnizar su unión debía ser el matrimonio civil, el cual debía extenderse a ellas.

a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Corolario de lo anterior, el tribunal constitucional estableció la subregla de que toda persona es libre y autónoma para constituir familia, sea a través de la unión marital de hecho o del matrimonio civil, de acuerdo con su orientación sexual, recibiendo igual trato y protección.

Del análisis realizado, se concluye que la posición expuesta por la Corte Constitucional, en Sentencia SU-214 de 2016, resulta completamente conforme con los parámetros que con posterioridad expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24 de 2017, lo que denota que la jurisprudencia colombiana terminó nutriendo el sistema interamericano, al ser dicho pronunciamiento anterior al dictado a nivel internacional.

En dicha providencia, el Tribunal Constitucional Colombiano expuso lo siguiente:

(i) Aceptó que la eficacia de los derechos fundamentales no se encuentra supeditada a su regulación por parte del legislador, esto es, que la inexistencia de consenso respecto al ejercicio de estos y la carencia de regulación legislativa no conllevaba que debían ser negados o restringidos, pues se hubiese tenido que hacer uso de otros mecanismos para garantizarlos, como lo había expuesto la jurisprudencia interamericana.

(ii) Estimó como inaceptable la existencia de dos clases de matrimonios. La determinación en ese sentido carecía de una fundamentación seria y razonable, exigida por la Corte IDH, pues arguyó que se trataría simplemente de una práctica discriminatoria, en atención a la orientación sexual de la pareja, cuyos miembros serían tratados como ciudadanos de segunda categoría.

(iii) También evidenció que ningún contrato innominado y atípico garantizaría a las parejas del mismo sexo los mismos efectos patrimoniales y personales del matrimonio, motivo por el cual estas debían acceder a la misma figura, a fin de superar el déficit de protección evidenciado en la Sentencia C-577 de 2011, lo que resultaba conforme con la

jurisprudencia interamericana, que sostuvo cómo el ámbito de protección del vínculo familiar de las parejas del mismo sexo trasciende las cuestiones puramente patrimoniales, comoquiera que también deben otorgarse todos los derechos y las obligaciones reconocidas en la legislación interna.

(iv) Finalmente, en la opinión consultiva mencionada, la Corte IDH alegó que el mecanismo más eficaz para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo sería la extensión del matrimonio reconocido exclusivamente a parejas heterosexuales, solución a la que finalmente apeló la Corte colombiana en la sentencia de unificación.

Es así que, con la providencia SU-214 de 2016, la Corte Constitucional garantizó a las familias conformadas por parejas del mismo sexo en Colombia el acceso, tanto a la unión marital de hecho como al matrimonio, protegiendo todos sus derechos y situándolos en condiciones de igualdad, en relación con las parejas heterosexuales.

Para ello, no fue necesaria la modificación de normas constitucionales o legales, pues se realizó una interpretación conforme del artículo 42 superior y, por vía judicial, se hizo extensivo el matrimonio civil. Por lo que se puede inferir que la garante de la Constitución efectuó un control difuso de constitucionalidad de avanzada, teniendo en cuenta las pocas sentencias interamericanas que en relación con las parejas del mismo sexo se habían expedido (dos, para ser exactos), garantizando así derechos fundamentales, cuya regulación había sido omitida por vía legislativa.

En conclusión, actualmente Colombia cumple con la obligación internacional de reconocer los vínculos familiares entre personas del mismo sexo y los protege, de conformidad con los estándares convencionales, lo que evitaría que, en caso de efectuarse un control concentrado de convencionalidad, el Estado colombiano resultara condenado, habida cuenta de que:

[...] La responsabilidad de un Estado solo es exigible a nivel internacional, una vez se verifique que la situación de vulneración no pudo ser conjurada a través de los medios internos. Este principio parte de la base de que el Estado debe ser el primer garante de los derechos humanos y, por ello, es quien tiene el deber de resolver situaciones de violación de derechos y garantías fundamentales a nivel interno. (Gil, 2019, p. 31)

Así pues, el proceso descrito en este acápite deja ver cómo el sistema jurídico colombiano con antelación al año 2016, en materia de matrimonio igualitario, no hubiese superado un control concentrado de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pero, también, cómo la situación anómala que se venía presentando fue subsanada totalmente con la citada Sentencia SU-214 de 2016, comoquiera que con este pronunciamiento se garantizó cabalmente el derecho de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio.

CONCLUSIONES FINALES

Desde su creación, la Corte Constitucional colombiana ha salvaguardado los derechos de las personas homosexuales, con fundamento en garantías constitucionales, como el libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación. Sin embargo, durante el periodo comprendido entre los años 1991 y 2006, esta Corporación denegó o se abstuvo de garantizar los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo y enfáticamente indicó que no constituían familia.

Posteriormente, en los años 2007 a 2011, la Corte de manera sistemática extendió beneficios legalmente reconocidos a las parejas heterosexuales a favor de las del mismo sexo, principalmente, en materia económica, pero no solo en este aspecto. En dichas oportunidades, ese tribunal indicó que era importante que el legislador regulara estos temas; pero, ante la inactividad del Congreso, el juez constitucional debía intervenir a

través de la figura de la analogía, a efectos de superar los déficits de protección evidenciados, garantizando los derechos fundamentales de grupos minoritarios.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el lapso de los años 2012 a 2016, en sede contenciosa, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos de las personas con condición sexual diversa, abordando los casos desde la aplicación discriminatoria de normas nacionales o convencionales, en atención a una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo es, la orientación sexual.

De manera reiterada, la Corte IDH consideró que no podían existir normas, decisiones o prácticas en los Estados partes, que desconocieran o limitaran los derechos de una persona por su orientación sexual o la expresión de la misma en su proyecto de vida. En cualquier caso, estableció que toda limitación de un derecho debe estar suficientemente motivada en argumentos serios y exhaustivos que excluyan cualquier estereotipo.

En el caso colombiano, con la Sentencia C-577 de 2011, se avanzó en el reconocimiento del matrimonio en favor de las parejas del mismo sexo, sin llegar a una solución definitiva. En dicha providencia, por primera vez, se afirmó que la familia y el matrimonio son derechos fundamentales, estrechamente relacionados con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y se reinterpreto el artículo 42 de la Constitución Política, en el sentido de que la expresión “voluntad responsable de conformarla” daba origen a familias surgidas de vínculos naturales o jurídicos, las cuales podían ser conformadas por uniones homosexuales.

En el fallo C-577 de 2011 también se concluyó que, para respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los miembros de las parejas homosexuales, era necesaria la consagración de una institución distinta a la unión marital de hecho que les permitiera formalizar su unión.

No obstante, la interpretación realizada en dicha providencia no hubiese conseguido superar un control concentrado de convencionalidad, comoquiera que:

(i) Aunque la Corte Constitucional evidenció la existencia de un déficit de protección en relación con el matrimonio igualitario, permitió que este se siguiera presentando, arguyendo que la regulación de dicha figura correspondía al Congreso de la República, desconociendo cómo tal órgano judicial, en ejercicio del control de convencionalidad difuso, debía adoptar las medidas necesarias para superar el escenario anómalo.

(ii) De las interpretaciones posibles de la norma que regula el matrimonio en el ordenamiento colombiano, la Corte colombiana escogió aquella que resultaba más restrictiva al reconocimiento de derechos, violando las directrices interpretativas consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e, incluso, principios hermenéuticos, tales como el *pro homine* e *interpretación conforme*, que persiguen “escoger, en lo posible, dentro de las posibilidades interpretativas de una norma, la versión más protectora de la persona” (Sagüés, 1998, p. 6).

(iii) El tribunal constitucional también pasó por alto que la inexistencia de consenso en relación con el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo no era óbice para salvaguardar los mismos, razón por la cual tenía competencia para garantizar los derechos fundamentales de aquellas minorías carentes de representación popular.

(iv) Aunado a lo anterior, en dicha oportunidad la Corporación consideró que el legislador podía hacer uso de cualquier figura para regular la unión contractual y solemne entre personas del mismo sexo, toda vez que no existía ninguna obligación de acudir al matrimonio, razonamiento que otorgaba la posibilidad de que se concediera un trato diferenciado, sin que existiera una fundamentación rigurosa para el efecto, desconociendo el deber de apelar a argumentos serios y exhaustivos.

(v) Adicionalmente, desechó la aplicación de la analogía, aun cuando esa misma Corporación había aceptado, en pronunciamientos anteriores relacionados con la concesión de otros beneficios a uniones homosexuales, que el mecanismo más sencillo para asegurar los derechos de las parejas del mismo sexo era la extensión de aquellos inicialmente reconocidos por el legislador a las heterosexuales.

(vi) A pesar de que, al momento de dictarse la citada providencia, no existían pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las personas con condición sexual diversa y sus relaciones de pareja, el tribunal constitucional colombiano estaba obligado a efectuar el referido control difuso de convencionalidad, siguiendo las pautas interpretativas antes mencionadas.

Así pues, el ordenamiento jurídico de Colombia para el año 2011 no hubiese superado un control concentrado de convencionalidad, dado que no garantizó cabalmente el acceso de las uniones del mismo sexo al matrimonio civil, lo que conllevó en el plano fáctico a que se negara, limitara u obstruyera el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, lo que hubiese podido acarrear una eventual responsabilidad internacional del Estado colombiano, tal como aconteció en el caso *Duque vs. Colombia*.

Sumado a lo anterior, se verifica que la omisión enrostrada a la Corte Constitucional de efectuar el control difuso de convencionalidad, también le era atribuible al poder legislativo colombiano, que omitió regular lo concerniente al matrimonio igualitario, así como también a otro tipo de autoridades como el Ministerio Público, los jueces y los notarios.

Ahora bien, todas las falencias en que incurrieron la sentencia de constitucionalidad C-577 de 2011, el Congreso de la República y las demás entidades citadas, fueron superadas con la expedición de la Sentencia SU-214 de 2016, por las razones que pasan a exponerse:

(i) Se aceptó que la eficacia de los derechos fundamentales no se encuentra supeditada a su regulación por parte del legislador, ya que tales garantías están excluidas del espectro de acción de las mayorías, y esto impone que, en caso de que el legislativo no las salvaguarde, deba hacerse uso de otros mecanismos para el fin.

(ii) La Corte Constitucional colombiana consideró como inaceptable que existieran dos clases de matrimonio, pues ello otorgaba un trato injustificado, en atención a la orientación sexual de los contrayentes, es decir, se trataba de un acto evidentemente discriminatorio.

(iii) Arguyó, asimismo, que una *sui generis* unión contractual solemne no podía producir los mismos efectos personales y patrimoniales del matrimonio civil, esto es, no superaría el déficit de protección existente, al no otorgar todos los derechos y las obligaciones reconocidos en la legislación interna a las parejas heterosexuales.

(iv) La Corporación aclaró que el vínculo contractual a través del cual las parejas del mismo sexo podían solemnizar su unión era el matrimonio civil, haciendo uso de la analogía, mecanismo más eficaz para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo.

En tal razón, desde la expedición de la Sentencia SU-214 de 2016, el Estado colombiano garantizó a las familias conformadas por parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio, protegiendo todos sus derechos y situándolos en igualdad de condiciones en relación con las uniones heterosexuales, en ese plano particular. En otras palabras, en la actualidad, Colombia cumple cabalmente con los estándares interamericanos, en lo atinente al reconocimiento jurídico de los vínculos que surgen en las relaciones entre homosexuales.

Para ello, no fue necesaria la modificación de normas constitucionales o legales, pues se realizó una interpretación conforme al artículo 42 superior y, por vía judicial, se hizo extensivo el matrimonio civil, cumpliendo con la obligación internacional de reconocer los vínculos familiares entre personas del mismo sexo y protegerlos, de acuerdo

con los estándares convencionales. El Estado supera así un eventual control concentrado de convencionalidad, teniendo en cuenta que, se reitera, esa figura:

[...] Persigue, principalmente, la armonización del orden jurídico interno con el internacional y este fin se consigue a través de la llamada cláusula de interpretación conforme.

El principio de interpretación conforme recae sobre la labor interpretativa que el juez nacional realiza al estudiar aquellas normas que versen sobre derechos humanos, a la luz de la Constitución y los tratados internacionales. (Gil, 2019, p. 60)

En este punto, es menester precisar que, a la fecha de expedición de la sentencia de unificación referida, tan solo se habían expedido dos providencias en sede interamericana, que se pronunciaran sobre los derechos de las personas con orientación sexual diversa, estos son, el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y el caso *Duque vs. Colombia*.

No obstante, a partir de dichas providencias se establecieron pilares fundamentales en relación con los derechos de las personas homosexuales, que sirvieron de fundamento para los dos pronunciamientos posteriores, a saber, el caso *Flor Freire vs. Ecuador* (Corte IDH; Serie C-315; Sent. 31, agosto, 2016) y la *Opinión Consultiva 24 de 2017*.

Lo anterior lleva a concluir que el Estado colombiano realizó un control difuso de convencionalidad de avanzada, teniendo en cuenta los pocos pronunciamientos que en relación con las personas de orientación sexual diversa existían, pero haciendo uso de los puntos fundamentales allí expuestos para garantizar los derechos de un grupo minoritario y previendo un litigio internacional.

Corolario de lo anterior, se debe indicar que existen dos momentos en el desarrollo jurisprudencial colombiano, así:

Desde la expedición de la Sentencia C-577 de 2011, pero con antelación al año 2016, época en la que el ordenamiento colombiano no hubiese superado un control concentrado de convencionalidad, dados los argumentos antes expuestos. Por tal razón, oportunamente, durante dicho lapso los jueces, notarios y demás operadores judiciales debieron hacer uso del control difuso de convencionalidad, permitiendo a las parejas homosexuales acceder al matrimonio, pero no todos lo hicieron, según quedó visto.

Posteriormente, con la expedición de la Sentencia SU-214 de 2016 se superaron las deficiencias de la providencia anterior y se garantizó el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en condiciones de igualdad con las parejas heterosexuales, cumpliendo con los estándares internacionales existentes, lo que permitiría a Colombia superar un eventual control concentrado de convencionalidad.

Además, cabe concluir que el sistema colombiano desarrolló, en forma más dinámica, un marco de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, respecto del originado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comoquiera que en el ámbito doméstico el tribunal constitucional tuvo más oportunidades para pronunciarse sobre el particular y si bien, inicialmente, optó por una posición restrictiva, rectificó su camino y terminó concediendo pleno reconocimiento jurídico a las uniones homosexuales, a través de la figura matrimonial.

Sin embargo, no puede dejarse de lado que la Corte IDH, en la primera oportunidad que tuvo para pronunciarse sobre el matrimonio igualitario, esto decir, con la expedición de la Opinión Consultiva 24 de 2017, prohió la interpretación más favorable a los derechos humanos de la comunidad LGTBI, en el sentido de señalar que la forma idónea para formalizar las relaciones de ese grupo de la población era la extensión del matrimonio civil a las uniones entre personas homosexuales.

Entonces, es posible afirmar que, en la actualidad, ambos marcos de protección, el colombiano y el interamericano, en materia de matrimonio de parejas del mismo sexo, son igual de garantistas, habida cuenta de que reconocen idénticas prerrogativas en la materia.

Y es que no podría ser de otra manera, si se tiene en cuenta que la construcción de dichos marcos ha sido el producto de un diálogo multinivel, del cual se han servido ambos sistemas, atendiendo que, en palabras de Acosta (2015):

[...] En el escenario interamericano se adelanta un diálogo de naturaleza formal y vertical, esto es, un uso mutuo de las normas y la jurisprudencia como resultado de la plena convicción que tienen tanto los jueces nacionales como el juez regional de que existe un objetivo compartido y un marco jurídico de referencia común que debe leerse conjuntamente y que los obliga a articularse (p. 99).

Es decir, la construcción interpretativa en materia de derechos humanos en el sistema interamericano, por regla general, se origina de la labor coordinada entre los ámbitos locales y el internacional, lo que conlleva que los marcos de protección terminen siendo idénticos, al ser producto de una mutua retroalimentación. Proceso que se reflejó, sin duda, en el reconocimiento del matrimonio igualitario.

En efecto, de la evolución del mencionado tema, tanto en la jurisprudencia colombiana como en la interamericana, se verifica, por ejemplo, que en la providencia SU-214 de 2016, la Corte Constitucional colombiana acogió conceptos emitidos por la Corte IDH, en la sentencia *Duque vs. Colombia*, respecto al principio de no discriminación con fundamento en la orientación sexual, pero amplió el margen de protección, para reconocer la posibilidad de las uniones homosexuales de contraer matrimonio civil.

Recuérdese, además, que para esa época la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo había proferido dos sentencias, relacionadas con el reconocimiento de derechos a la comunidad LGTBI, en las que no había abordado el tema específico del

matrimonio igualitario, por lo que correspondió al juez colombiano, en ejercicio del control de convencionalidad difuso, definir si las uniones homosexuales tenían un derecho humano a contraer matrimonio, en igualdad de condiciones que las parejas heteronormativas, lo que constituyó un aporte del sistema colombiano al cuerpo jurídico interamericano.

Sobre la referida retroalimentación, Gil (2019), precisó que:

Otro aspecto de capital importancia para entender el dinamismo del bloque de convencionalidad lo encontramos en el constante diálogo interjurisdiccional que se da entre la Corte IDH y los tribunales nacionales, cuando estos ejercen el control de convencionalidad difuso, pues los jueces de cada Estado perfectamente pueden ampliar el ámbito de protección del sistema interamericano en aras de lograr una mayor efectividad en la protección de los derechos humanos, criterios que pueden, posteriormente, ser tomados y adoptados como válidos por la jurisprudencia de la Corte IDH y en este proceso dialogal entre tribunales de los Estados y el internacional, se observa el crecimiento constante y progresivo del *corpus iuris* interamericano. (p. 142)

De igual manera, el referido proceso comunicativo se refleja en lo consignado en la Opinión Consultiva 24 de 2017, cuyas consideraciones se nutrieron de los procesos que, en lo local, se habían presentado en procura del reconocimiento del matrimonio igualitario.

Así, entre otros, el tribunal interamericano destacó los avances legislativos dados en ciudad de México, donde “está permitida la ‘sociedad de convivencia’ de las parejas del mismo sexo desde el año 2006 y el matrimonio desde 2009”; Uruguay que, en el año 2007, expidió una “Ley sobre la Unión Concubinaría” y, en 2013, a través de la Ley 19075, “adoptó el matrimonio entre las parejas del mismo sexo; y Argentina, con la promulgación de la Ley 26618 de 2010, donde se estableció que “el matrimonio de las parejas del mismo sexo es legal” (Corte IDH, OC-24, 2017). De igual manera, trajo a colación las decisiones

judiciales adoptadas en países como Brasil y Colombia, que dieron paso al matrimonio entre personas del mismo sexo en sus Estados.

Frente a este último aspecto, en materia de matrimonio igualitario, Zelada (2018) destacó que:

Este movimiento, en contraste con el anterior, parece sustentarse más bien en un sentido inverso, de abajo hacia arriba; es decir, del plano doméstico hacia la arena internacional. En mi opinión, el DIDH⁵⁴ habría esperado primero la generación de consensos en el plano interno antes de realizar alguna afirmación a favor de [la protección de las parejas homosexuales estables] desde lo supranacional. (p. 157)

Luego —se reitera—, los marcos de protección en los sistemas colombiano e interamericano, en materia de matrimonio igualitario, en la actualidad son idénticos, pues son el fruto del diálogo dado entre los dos ámbitos, el nacional y el internacional.

De acuerdo con lo expuesto, es posible manifestar que el reconocimiento jurídico de los vínculos que puedan surgir de uniones homosexuales es un tema, en principio, resuelto. Sin embargo, también actualmente, emergen nuevas relaciones amorosas que exigen y requieren de una regulación por parte del Derecho.

Tal es el caso de las denominadas relaciones poliamorosas, definidas por Martínez (2017), siguiendo a la Polyamory Society, como aquellas fundadas en “la filosofía y la práctica de amar a varias personas simultáneamente de forma no posesiva, honesta, responsable y ética” (p. 78), es decir, se trata de relaciones sentimentales sostenidas por más de dos individuos.

⁵⁴ Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Este caso particular no es ajeno a la realidad colombiana, comoquiera que existe un precedente, en el que se reclamó la pensión de sobrevivencia por parte de dos sujetos, que aducían la calidad de cónyuges de hecho simultáneos y mutuos del causante, en otras palabras, se trataba de una unión amorosa sostenida por los tres hombres.

Para definir dicho litigio, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en providencia de 28 de mayo de 2019 (Sent. Rad. 05001-31-05-007-2015-01955-01)⁵⁵, apeló a las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, que reconocieron derechos a la población LGTBI, incluidas aquellas que permitieron la constitución de uniones maritales de hecho por personas del mismo sexo y las que versaron sobre el matrimonio igualitario, para finalmente concluir que:

[...] La regla de decisión que ofrece la Sentencia C-577 del 2011, al indicar que no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicarse afecto, respeto y la solidaridad, que inspiran su proyecto de vida en común, resulta claramente aplicable para un caso como el que hoy se somete a la jurisdicción, referido a tres personas que sin importar el género han decidido amarse e integrar una familia, debiendo valorar de manera objetiva y sin prejuicio alguno el componente afectivo y emocional que alienta esa convivencia. (Tribunal Superior Distrito Judicial Medellín, Sent. Rad. 05001-31-05-007-2015-01955-01, 2019)

Ante lo anterior, el citado tribunal concluyó que los demandantes y el causante conformaron una familia, sujeta de protección constitucional, circunstancia que les confería el derecho a la pensión de sobrevivencia que reclamaban, por lo que les concedió el aludido beneficio, decisión que —valga anotar— fue objeto de recurso extraordinario de casación, medio de impugnación que no ha sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia,

⁵⁵ Magistrada Ponente Ana María Zapata Pérez.

por lo que el pronunciamiento no constituye aún un precedente definitivo sobre el tema, pues tan solo puede verse como la génesis de la discusión que, hasta ahora, está por darse.

Lo anotado, pone de relieve que las relaciones poliamorosas son una realidad que amerita una regulación jurídica, que clarifique, verbigracia, si tales uniones constituyen, como lo concluyó el tribunal de Medellín, familia y, de ser así, qué tipo de derechos ostentan las personas que las conforman. O si, por el contrario, no constituyen tal figura y, en consecuencia, debe aclararse a través de qué mecanismos pueden protegerse los individuos que conforman esas relaciones, con la finalidad de no dejarlos carentes de una salvaguarda de sus derechos.

Para adelantar la tarea, es necesario que los diferentes operadores jurídicos efectúen un adecuado control difuso de convencionalidad, con miramiento de los principios hermenéuticos a los que se ha hecho referencia en este trabajo, tales como el principio *pro homine e interpretación conforme*; los derechos y principios establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales, así como también de la jurisprudencia que sobre relaciones diversas ha consolidado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que, cabe agregar, hasta la fecha no se ha pronunciado sobre esta temática.

A lo anterior debe adicionarse que la construcción jurídica en mención será progresiva y los primeros llamados a definir aquellos litigios serán los jueces nacionales. Por tal razón, es necesario que estos consideren el *corpus iuris* interamericano y resuelvan estas cuestiones, adoptando no solo una visión constitucional, sino también convencional, para garantizar en mayor medida los derechos de los individuos y previendo una condena de responsabilidad internacional.

En conclusión, no puede predicarse que la cuestión del reconocimiento de la familia y de las uniones sentimentales que pueden llegar a constituir la sea un tema decantado, ni en la jurisprudencia colombiana ni en la interamericana, pues lo cierto es que dicha materia

se fundamenta en realidades sociales dinámicas, que se transforman con el paso del tiempo y que, por tanto, requieren de una construcción constante y articulada del Derecho, siendo este el siguiente reto al que se enfrentan los operadores jurídicos, quienes estarán llamados nuevamente a efectuar el control difuso de convencionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

Acosta Alvarado, P. A. (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia.

Aguirre Román, J. O.; Pabón Mantilla, A. P. y Cáceres Rojas, P. B. (2018). “Argumentos religiosos y matrimonio igualitario: análisis de las discusiones en el Congreso de la República de Colombia, a la luz de la propuesta de Habermas sobre la religión en la esfera pública”. *Reflexión Política*, 20(39), 201-219. <https://doi.org/10.29375/01240781.3303>

Albarracín, C. M. (s.f.). *La despenalización de los actos homosexuales en Colombia: Un cambio legal desde arriba*. https://docs.google.com/document/pub?id=1YgtP74Og2cyRDa-BIePyH4HjIzh8FK7V_FudKfLSrEk

Ayala Corao, C. (2013). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Porrúa.

Bernate Ochoa, F. y Sintura Varela, F. J. (eds.-comps.). (2019). *Código Penal de la República de Colombia. Ley 19 de 1890 (de 19 de octubre)*. Código Penal. Editorial de la Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1890.pdf>

_____ (2019). *Código Penal de los Estados Unidos de Colombia: (Lei 112 de 26 de junio de 1873) sancionado por el Congreso de 1873*. Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1873.pdf>

- _____ (2019). *Ley 95 de 1936 (Abril 24). Sobre Código Penal*. Editorial. Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/accesoabierto/codigo-penal-1936.pdf>
- Bonilla, D. (2010). “Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político”. *Anuario de Derechos Humanos* (6), 183-200.
- Bonilla, D. y Rentería, J. A. (2008). *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad: Sentencia C-075/07*. Universidad de los Andes
- Botero Urquijo, D. (2018). “Matrimonio igualitario en clave de derechos: un acercamiento al debate en América Latina a partir de la secularización de la sociedad”. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(2), 11–32. <https://doi.org/10.18359/rlbi.3390>
- Brewer Carías, A. R. y Santofimio, J. O. (2013). *Control de Convencionalidad y Responsabilidad Del Estado*. Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Tejada, W. A. (2008). “El delito de acceso carnal homosexual en Colombia. Entre la homofobia de la medicina psiquiátrica y el orden patriarcal legal”. *Co-Herencia*, 5(9), 113-141. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/coherencia/article/view/124/118>
- Camargo, M. del P. (2013, 5 de junio; 12:00 m.). “¿Los notarios van a casar a homosexuales?”. *Semana.com* <https://www.semana.com/nacion/articulo/los-notarios-van-casar-homosexuales/342468-3>
- Casas Varez, M. y Cabezas, G. (2016). *Los derechos humanos de las personas LGBTI en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Hacia la visibilización de las mujeres lesbianas*. CDH Working Papers (1). Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142697>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. CIDH, OEA.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI*. CIDH, OEA.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*. Corte IDH; GIZ. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
- Cotrina Gulfo, Y. E. (2018). “Diversidad sexual en la historia jurídica colombiana”. *Pensamiento Jurídico*, 0(47), 149-165.
<https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/62010/pdf>
- Dejusticia (14 de agosto de 2006). *Intervención Proceso D-362. Normas demandadas: artículo 1° de la Ley 54 de 1990 y artículo 2° de la Ley 54 de 1990, modificado por la Ley 979 de 2005*. [Intervención ciudadana en el Proceso D-362]. [Documento en línea]. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_379.pdf
- Durán, P. (7 de abril de 2016). “Colombia aprueba el matrimonio gay”. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2016/04/07/espanol/america-latina/colombia-aprueba-el-matrimonio-igualitario.html>
- Figueiredo, T. C. (2014). “Derechos humanos y diversidad sexual en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. En Beltrão J. F.; Monteiro, J. C.; Gómez, I.; Pajares, E.; Paredes, F. y Zúñiga, Y. (Eds.). *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (pp. 379-402). Universitat Pompeu Fabra.

- Gil, B. E. (2019). *Control de convencionalidad en Colombia: una experiencia de diálogo judicial*. Tirant lo blanch.
- Gómez Pavajeau, C. A. y Maya Villazón. E. J. (2018). “Matrimonio entre parejas del mismo sexo: ¿infracción a la ley o coherencia con el derecho?”. En Gómez Pavajeau, C. A. *La lucha por los derechos en el derecho disciplinario* (pp. 277-297). Universidad Externado de Colombia.
- Gozaíni, O. A. (2017). *Control constitucional y de convencionalidad*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Gutiérrez Castillo, V. L. (2013). “Ius connubii y matrimonio igualitario en el Sistema Internacional de Derechos Humanos”. *Derecho y Realidad*, (21), 374-376. <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4852>
- Lemaitre, J. (2005). “Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso”. En Bonilla, D. e Iturralde, M. A. (Ed.). *Hacia un nuevo derecho constitucional* (pp. 181-217). Universidad de los Andes.
- Lemaitre, J. y Albarracín M. (2016). “La cruzada contra el matrimonio entre personas del mismo sexo en Colombia”. En Sáez, M. y Morán Faúndes, J. M. (Ed.). *Sexo, Delitos y Pecados. Intersecciones entre religión, género, sexualidad y el derecho en América Latina* (pp. 92-122). Center for Latin American & Latino Studies.
- López, J. A. (2018). “Movilización y contramovilización frente a los derechos LGBTI. Respuestas conservadoras al reconocimiento de los derechos humanos”. *Estudios Sociológicos*, 36(106), 161-187. <https://dx.doi.org/10.24201/es.2018v36n106.1576>
- López Medina, D. E. (2016). *Cómo se construyen los derechos: narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Legis Editores.

- Malagón Penen, L. (2018). “La lucha del movimiento social católico en contra del matrimonio igualitario en Colombia: un medio para legitimar el estilo de vida católico (2009-2015). *Estudios Socio-Jurídicos*, 20(2), pp. 129-163. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6000>
- Martínez, T. A. (2017). “El poliamor a debate”. *Revista Catalana de Dret Privat*, 0(0), 75-104. <https://doi.org/10.2436/rcdp.v17i0.143194>.
- Páez Ramírez. M. (2013). “La Sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia”. *Revista Derecho Del Estado*, (31), (jul-dic, 2013), 231-257.
- Peña Huertas, R. del P. y Parada Hernández, M. M. “Tensión entre la democracia inclusiva y la mayoría: El matrimonio igualitario en el Congreso Colombiano”. *Revista de Derecho*, 8697(42), 65-95. <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/5563/6606>
- Quinche Ramírez, M. F. (2017). *El control de convencionalidad*. Temis.
- Restrepo Múnera, C., Sánchez Pineda, S. M. y Tamayo Sepúlveda, C. (2010). *Derecho y diversidad sexual*. Universidad de Medellín Sello Editorial.
- Rivera Mendoza, L. (2017). “El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana. *Revista IIDH* (66), 125-152.
- Rodríguez Garavito, C. A.; Albarracín Caballero, M. A., Soto Mouraille, C.; Camacho Rincón, A. y Méndez Jaramillo, A. M. (2011). *¿Sentencias de papel?: Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos; Ediciones Uniandes.

- Rodríguez, G. E. (28 de octubre de 2006, 12:00 m.). “¿La ley discrimina a homosexuales?”. *El Tiempo*.
<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2252754>
- Sagüés, N. P. (1998). *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.
- Sánchez Avella, C. A. (2015). *Hasta que el amor les dure. Debates en torno a las parejas del mismo sexo en el contexto colombiano*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Santofimio, J. O. (2017). *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para la construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*. Universidad Externado de Colombia.
- Sección Nación (2002, 16 de noviembre; 12:00 m.). “Como para alquilar balcón”. *Semana.com* <https://www.semana.com/nacion/articulo/como-para-alquilar-balcon/55022-3>
- Tello Mendoza, J. A. (2016). *El control de convencionalidad: situación de algunos Estados Americanos*. Leyer.
- Verbel Martínez, V. y García Vásquez, L. E. “Matrimonio igualitario”. *Revista Derectum*, Universidad Libre - Seccional Barranquilla, 1(1), 63-75.
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/derectum/article/view/3647/3043>
- Villarreal Márquez, M. (2016). “Matrimonio homosexual en Colombia: discriminación, vacíos legales y alternativas jurídicas”. *Ambiente Jurídico*, (19), 145-180.
- Zárate Cuello, A. de J.; Corzo Pérez, P. A. y Cárdenas, H. V. (2015). “Diálogo entre las biociencias del comportamiento y el bioderecho frente al dilema bioético del

matrimonio homosexual y la progenie en Colombia”. *Revista Lasallista de Investigación*, 12(1), 192-202. <https://doi.org/10.22507/rli.v12n1a17>

Zárate Cuello, A. de J., Peña Collazos, W. y Rodríguez Egea, V. (2016). “Matrimonio homosexual en Colombia: perspectivas desde la filosofía, sociología, bioética, bioderecho y el desarrollo en la sociedad global”. *Educación y Desarrollo Social*, 10(1), pp. 200-213. <https://doi.org/10.18359/reds.1455>

Zelada, C. J. (2018). “¿Camino al altar?: el matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Iuris Dictio*, 22), 155-189. <https://doi.org/10.18272/iu.v22i22.1208>

Fuentes legales

Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. (26 de mayo de 1873). [Ley 84 de 1873]. D. O. 2 867. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Colombia. Código Penal. (23 de enero de 1980). [Decreto-Ley 100 de 1980 —derogado por la Ley 599 de 2000—]. D. O. 35 461. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_penal_1980.htm

Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. (27 de julio de 1970). *Por el cual se expide el reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares*. [Decreto 1776 de 1979 —derogado por el artículo 219 del Decreto 85 de 1989—]. D. O. 35 341.

Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. (31 de julio de 1979). Por el cual se subroga el reglamento de régimen disciplinario para la Policía Nacional aprobado y adoptado por el Decreto 2857 de 1966. [Decreto 1835 de 1979 —derogado por el artículo 238 del Decreto 100 de 1989—]. D. O. 35 349.

Colombia. Ministerio de Educación Nacional. (24 de septiembre de 1979). *Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*. [Decreto 2277 de 1979]. D. O. 35 374.

Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Defensa Nacional y Ministerio de Salud. (14 de septiembre de 2000). *Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*. [Decreto 1795 de 2000]. D. O. 44 161.

Colombia. Ministerio de Justicia. (19 de febrero de 1970). *Por el cual se expide el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público*. [Decreto 250 de 1970]. D. O. 33 023.

Colombia. Ministerio de Justicia. (20 de junio de 1970). *Por el cual se expide el Estatuto del Notariado*. [Decreto 960 de 1970]. D. O. 33 118.

Colombia. Senado de la República. (23 de noviembre de 2001). *Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 85 de 2001, por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos* [Proyecto de Ley 85 de 2001 —Senado—]. [S. P. Piñacué Achicué, J. E.]. G. C. 603, 27 de noviembre de 2001.

_____ (26 de noviembre de 2008). *Informe Comisión Accidental. Recurso de Apelación relativo al Proyecto de ley número 214 de 2007 Senado, 005 de 2007 Cámara*. [Informe Comisión Accidental]. G. C. 920, 9 de diciembre de 2008.

Congreso de la República de Colombia. (22 de enero de 1982). *Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones*. [Ley 21 de 1982]. D. O. 35 939.

_____ (15 de enero de 1991). *Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones.* [Ley 3 de 1991]. D. O. 39 631.

_____ (17 de junio de 1992). *Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.* [Ley 5 de 1992]. D. O. 40 483.

_____ (28 de octubre de 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* [Ley 80 de 1993]. D. O. 41 094.

_____ (6 de junio de 1995). *Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.* [Ley 190 de 1995]. D. O. 41 878.

_____ (16 de julio de 1996). *Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.* [Ley 294 de 1996]. D. O. 42 836.

_____ (18 de julio de 1997). *Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.* [Ley 387 de 1997]. D. O. 43 091.

_____ (12 de agosto de 1999). *Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.* [Ley 522 de 1999]. D. O. 43 665.

_____ (6 de julio de 2000). *Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones.* [Ley 589 de 2000]. D. O. 44 073.

_____ (24 de julio de 2000). *Por la cual se expide el Código Penal.* [Ley 599 de 2000]. D. O. 44 097.

_____ (5 de febrero de 2002). *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.* [Ley 734 de 2002]. D. O. 44 708.

_____ (30 de diciembre de 2004). *Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.* [Ley 923 de 2004]. D. O. 45 777.

_____ (14 de julio de 2005). *Por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones.* [Ley 971 de 2005]. D. O. 45 970.

_____ (25 de julio de 2005). *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.* [Ley 975 de 2005]. D. O. 45 980.

_____ (26 de julio de 2005). *Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.* [Ley 979 de 2005]. D. O. 45 982.

_____ (26 de agosto de 2005). *Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones.* [Ley 986 de 2005]. D. O. 46 015.

_____ (10 de julio de 2007). *Por medio de la cual se modifican las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1148 de 2007]. D. O. 46 685.

_____ (25 de julio de 2007). *Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1152 de 2007]. D. O. 46 700.

_____ (31 de julio de 2007). *Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal.* [Ley 1153 de 2007]. D. O. 46 706.

_____ (3 de diciembre de 2009). *Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.* [Ley 1361 de 2009]. D. O. 47 552.

_____ (8 de septiembre de 1999). [Proyecto de Ley 97 de 1999 —Senado—]. G. C. Gaceta 352, 1999

_____ (6 de agosto de 2002). *Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos.* [Proyecto de Ley 43 de 2002 —Senado—]. [S. P. Córdoba Ruiz, P.]. G. C. 325, 12 de agosto de 2002.

_____ (10 de octubre de 2005). *Por la cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo.* [Proyecto de Ley 130 de 2005 —Senado—]. [S. P. Araujo Castro, A.]. G. C. 702, 12 de octubre de 2005.

_____ (20 de julio de 2007). *Por la cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo.* [Proyecto de Ley 005 de 2007 —Cámara—]. [R. P. Silva Gómez, V. A.] G. C. 338, 24 de julio de 2007.

_____ (20 de julio de 2007). *Mediante la cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo y se dictan otras disposiciones.* [Proyecto de Ley 006 de 2007 —Senado—] [SS. PP. Benedetti Villaneda, A. y Parody, G.]. G. C. 343, 26 de julio de 2007.

_____ (4 de agosto de 2010). *Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo y sus efectos legales.* [Proyecto de Ley 73 de 2010 —Senado—]. [S. P. Córdoba Ruiz, P.]. G. C. 494, 5 de agosto de 2010.

_____ (28 de julio de 2011). *Por medio del cual se crea el contrato de unión civil entre personas.* [Proyecto de Ley 29 de 2011 —Cámara—]. [R. P. Gómez Martínez, M.]. G. C. 537, 29 julio de 2011.

_____ (10 de agosto de 2011). *Por medio de la cual se reglamenta la unión civil entre parejas del mismo sexo y se dictan otras disposiciones.* [Proyecto de Ley 47 de 2011 —Cámara—]. [R. P. Prada, A.] G. C. 591, 11 de agosto de 2011.

_____ (12 de agosto de 2011). *Por medio de la cual se modifica el Código Civil, el Código de la Infancia y la Adolescencia y se dictan otras disposiciones.* [Proyecto de Ley 58 de 2011 —Cámara—]. [RR. PP. Pinilla Pedraza, A. L. y Cepeda, I.]. G. C. 601, 17 de agosto de 2011.

_____ (31 de julio de 2012). *Por medio de la cual se modifica el Código Civil, el Código de la Infancia y la Adolescencia y se dictan otras disposiciones.* [Proyecto de Ley 47 de 2012 —Senado—]. [SS. PP. Benedetti Villaneda, A. y Barreras Montealegre, R.]. G. C. 480, 31 de julio de 2012.

_____ (6 de agosto de 2012). *Por medio de la cual se crea el Pacto de Unión Civil.* [Proyecto de Ley 67 de 2012 —Cámara—]. [R. P. Gómez Martínez, M.] G. C. 496, 9 de agosto de 2012.

_____ (22 de agosto de 2012). *Por medio de la cual se modifica el Código Civil en materia de matrimonio y se dictan otras disposiciones*. [Proyecto de Ley 101 de 2012 —Cámara—]. [RR. PP. Pinilla Pedraza, A. L. y otros]. G. C. 551, 24 de agosto de 2012.

_____ (30 de agosto de 2012). *Por medio de la cual se modifica el artículo 113 del Código Civil y otros*. [Proyecto de Ley 113 de 2012 —Cámara—]. [R. P. Rivera Flórez, G.]. G. C. 569, 31 de agosto de 2012.

_____ (17 de marzo de 2015). *Por medio de la cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones*. [Proyecto de Ley 141 de 2015 —Senado—]. [S. P. Barreras Montealegre, R.]. [S. P. Benedetti Villaneda, A.]. G. C. 125, 19 de marzo de 2015.

_____ (30 de julio de 2015). *Por la cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones*. [Proyecto de Ley 29 de 2015 —Senado—]. [S. P. Benedetti Villaneda, A.]. G. C. 549, 30 de julio de 2015.

_____ (30 de julio de 2015). *Por medio de la cual se regula la Unión Civil entre parejas del mismo sexo y se dictan otras disposiciones*. [Proyecto de Ley 31 de 2015 —Senado—]. [S. P. Barreras Montealegre, R.]. G. C. 549, 30 de julio de 2015.

Constitución Política de Colombia (20 de julio de 1991). [Const.]. 43a ed. Legis.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos. (2018). “Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’”. *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, 39-98. Corte IDH,

CNDH,

OEA.

<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentosbasicos2018.pdf>

Organización de Estados Americanos, Asamblea General. (3 de junio de 2008). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. [Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)]. [Aprobada en 4a sesión plenaria, Asamblea General, 2008]. https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf

_____ (4 de junio de 2009). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. [Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)]. [Aprobada en 4a sesión plenaria, Asamblea General, 2009]. https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf

_____ (8 de junio de 2010). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. [Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10)]. [Aprobada en 4a sesión plenaria, Asamblea General, 2010]. https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf

_____ (7 de junio de 2011). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. [Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11)]. [Aprobada en 4a sesión plenaria, Asamblea General, 2011]. https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf

_____ (4 de junio de 2012). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*. [Resolución AG/RES 2721 (XLII-O/12)]. [Aprobada en 4a sesión plenaria, Asamblea General, 2012]. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf

_____ (6 de junio de 2013). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género*. [Resolución AG/RES 2807 (XLIII-O/13)]. [Aprobada en 4a sesión plenaria, Asamblea General, 2013]. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf

_____ (5 de junio de 2014). *Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género*. [Resolución AG/RES 2863 (XLIV-O/14)]. [Aprobada en 4a sesión plenaria, Asamblea General, 2014]. <https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/AG-RES2863-XLIV-O-14esp.pdf>

_____ (14 de junio de 2016). *Promoción y protección de derechos humanos*. [Resolución AG/RES 2887 (XLVI-O/16)]. [Aprobada en 2a sesión plenaria, Asamblea General, 2016]. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf

_____ (21 de junio de 2017). *Promoción y protección de derechos humanos*. [Resolución AG/RES 2908 (XLVII-O/17)]. [Aprobada en 3a sesión plenaria, Asamblea General, 2017]. <https://www.refworld.org.es/pdfid/59ef91e64.pdf>

Organización de Estados Americanos. (s.f.). Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. OEA. Tratados Multilaterales Interamericanos. A-69 Texto de la Convención. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

Fuentes jurisprudenciales

Colombia. Corte Constitucional. (7 de marzo de 1996). Sentencia C-098 de 1996. [M. P. Cifuentes Muñoz, E.].

_____ (9 de septiembre de 1998). Sentencia C-481 de 1998. [M. P. Martínez Caballero, A.].

_____ (14 de julio de 1999). Sentencia C-507 de 1999. [M. P. Naranjo Mesa, V.].

_____ (15 de mayo de 2002). Sentencia C-373 de 2002. [M. P. Córdoba Triviño, J.].

_____ (7 de febrero de 2007). Sentencia C-075 de 2007. [M. P. Escobar Gil, R.].

_____ (3 de octubre de 2007). Sentencia C-811 de 2007. [M. P. Monroy Cabra, M. G.].

_____ (16 de abril de 2008). Sentencia C-336 de 2008. [M. P. Vargas Hernández, C. I.]

_____ (20 de agosto de 2008). Sentencia C-798 de 2008. [M. P. Córdoba Triviño, J.]

_____ (28 de enero de 2009). Sentencia C-029 de 2009. [M. P. Escobar Gil, R.]

_____ (13 de abril de 2011). Sentencia C-283 de 2011. [M. P. Pretelt Chaljub, J. I.]

_____ (26 de julio de 2011). Sentencia C-577 de 2011. [M. P. Mendoza Martelo, G. E.].

_____ (14 de junio de 2001). Sentencia SU-623 de 2001. [M. P. Escobar Gil, R.].

_____ (28 de abril de 2016). Sentencia SU-214 de 2016. [M. P. Rojas Ríos, A.].

_____ (7 de diciembre de 1994). Sentencia T-569 de 1994 [M. P. Herrera Vergara, H.].

_____ (6 de febrero de 1995). Sentencia T-037 de 1995. [M. P. Hernández Galindo, J. G.].

_____ (25 de marzo de 1998). Sentencia T-101 de 1998. [M. P. Morón Díaz, F.]

_____ (30 de mayo de 2002). Sentencia T-435 de 2002. [M. P. Escobar Gil, R.].

_____ (25 de marzo de 2004). Sentencia T-301 de 2004. [M. P. Montealegre Lynett, E.].

_____ (5 de mayo de 2006). Sentencia T-349 de 2006. [M. P. Escobar Gil, R.].

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (12 de agosto de 1982). Sentencia, Expediente 942. [M. P. Gaona Cruz, M.]. Gaceta Judicial 2409.

_____ Sala Plena. Expediente 35. [M. P. Medina Moyano, R.]. Gaceta Judicial 2409.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de febrero de 2012). *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia Serie C número 239. [Jueces: García-Sayán, D.; Ventura Robles, M. E.; Franco, L. A.; May Macaulay, M.; Abreu Blondet, R. y Pérez Pérez, A.] http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

_____ (26 de febrero de 2016). *Caso Duque vs. Colombia. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia Serie C número 310. [Jueces: Caldas, R. F; Ferrer Mac-Gregor Poisot, E.; Ventura Robles, M. E.; García-Sayán, D.; Pérez Pérez, A. y Vio Grossi, E.]. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

_____ (31 de agosto de 2016). *Caso Flor Freire vs. Ecuador. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia Serie C número 315. [Jueces: Caldas, R. F.; Ferrer Mac-Gregor Poisot, E.; Vio Grossi, E.; Sierra Porto, H. A.; Odio Benito, E. y Zaffaroni, E. R]. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

_____ (22 de noviembre de 2018). *Caso Duque vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución Corte IDH; 22, noviembre, 2018. [Jueces: Odio Benito, E.; Pazmiño Freire, P.; Ferrer Mac-Gregor Poisot, E.; Zaffaroni, E. R. y Vio Grossi, E.]. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/duque_22_11_18.pdf

_____ (12 de marzo de 2020). *Caso Duque vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución Corte IDH; 12, marzo, 2020. [Jueces: Odio Benito, E.; Pazmiño Freire, P.; Ferrer Mac-Gregor Poisot, E.; Zaffaroni, E. R. y Pérez Manrique, R. C.]. http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/duque_12_03_20.pdf

_____ (24 de noviembre de 2017). *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. [Opinión Consultiva OC-24 de 2017, Serie A número 24]. Jueces: Roberto F. Caldas, R. F.; Ferrer Mac-Gregor Poisot, E.; Vio Grossi, E.; Sierra Porto, H. A.; Odio Benito, E.; Zaffaroni, E. R. y Pazmiño Freire, P.

Tribunal Superior del Distrito Judicial De Medellín. Sala Laboral. (28 de mayo de 2019). Sentencia, Expediente 05001-31-05-007-2015-01955-01. [M. P. Zapata Pérez, A. M.].