Las uniones maritales de hecho
Y las uniones entre parejas del mismo sexo

INGRID DUQUE MARTÍNEZ

Las relaciones entre parejas que han constituido su relación al margen del matrimonio, por opción personal o por impedimento legal, y las relaciones conformadas por personas del mismo sexo o llamadas homosexuales, que deciden unir sus vidas e iniciar un proyecto de vida en pareja, han sido tradicionalmente cuestionadas y sancionadas por diferentes razones de orden moral y religioso. A pesar de todos los cuestionamientos, sanciones y reacciones que el tema pueda producir debe ser estudiado desde la perspectiva jurídica, pues el derecho no ha permanecido alejado de esta situación y más bien ha tenido que manifestarse de diferentes maneras ante la realidad. Así pues, este pequeño estudio aborda la situación jurídica actual de esta problemática en particular.

I. UNIONES MARITALES DE HECHO

1. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO EN COLOMBIA. TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

La Constitución Política de la República de Colombia, en su artículo 42 habla de la Familia considerándola como núcleo fundamental de la sociedad mencionando que esta 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. Incluyéndose en este concepto entonces la familia conformada por vínculos jurídicos o naturales, de donde se tiene que la familia así entendida resulta protegida constitucionalmente independientemente de si nace de una relación matrimonial (matrimonio) o fuera de ella (llámense unión libre, concubinato o uniones de hecho).

Como en la mayoría de los países, nuestra legislación se ha encargado suficientemente de reglamentar todo lo referente a la familia que se crea con el vínculo jurídico del matrimonio, ocupándose de analizar sus efectos, requisitos, formalidades etc., sin embargo, no sucede lo mismo respecto de la familia que no nace del matrimonio, pues sólo recientemente el legislador se ha venido ocupando del tema, paulatinamente reconociendo primero, algunos derechos sobre los hijos de las parejas no casadas hasta igualarlos con los derechos de los hijos nacidos de uniones matrimoniales y luego, ocupándose de la relación marital propiamente dicha pero sólo desde el punto de vista patrimonial con la Ley 54 de 1990, conocida como la ley que regula las Uniones Maritales de Hecho y el Régimen Patrimonial entre Compañeros Permanentes, antes de esta ley, nuestro país recorrió un largo camino para lograr la reivindicación

de algunos de los derechos para parejas no casadas, así se tiene que, existieron pocas normas que tratan aisladamente el tema, ello obedece a la sanción social, moral y religiosa que soportaba esta clase de uniones. Para el año de 1890 se tipifica la figura del concubinato como delito, desapareciendo luego como tipo penal de nuestra legislación.

En materia civil con la Ley 45 de 1936 (modificada posteriormente por la Ley 75 de 1968), se inicia el reconocimiento de derechos de los hijos habidos de parejas no casadas, con la Ley 29 de 1982 se reconocen a los hijos extramatrimoniales los mismos derechos que los hijos nacidos dentro del matrimonio.

En materia laboral, como resultado de conquistas obreras, se expide la Ley 90 de 1946, que convierte a la concubina en beneficiaria de prestaciones e indemnizaciones causadas por invalidez o muerte del concubino. Así mismo, el Acuerdo 536 de 1974 del Instituto de Seguros Sociales reconoce en materia laboral derecho a la concubina de las prestaciones asistenciales en caso de maternidad, El Decreto 1848 de 1969 reconoce el mismo derecho a los empleados oficiales, la Ley 12 de 1976 y la Ley 113 de 1985 extiende a los concubinos el derecho a la pensión de jubilación del trabajador que fallece antes de cumplir la edad cronológica pero con el tiempo de servicio.

Se ve entonces, que los reconocimientos que se obtuvieron legalmente cobijaban a los hijos de las parejas no casadas y escasamente reconocía unas pocas prestaciones asistenciales a los miembros de la pareja, no se trataba ni regulaba entonces, los derechos y obligaciones de la pareja como tal; a efectos de llenar estos vacíos legales, la jurisprudencia nacional concedió algunos derechos a parejas que convivieron sin unión matrimonial, por lo que el reconocimiento de algunos derechos patrimoniales se dio primero por vía jurisprudencial y no legal, recurriéndose entonces básicamente a tres figuras jurídicas distintas que de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso fueron:

a) Relación patrimonial originada en un contrato de trabajo, para lo cual se debía comprobar los elementos esenciales del contrato de trabajo[1].

b) Relación patrimonial que da origen a una sociedad de hecho, para lo cual el compañero demandante debía probar los elementos esenciales del contrato de sociedad[2].

---

1 Tribunal Supremo del Trabajo, Octubre 28 de 1949 M. P.: Juan Benavides Patrón.

2 El respecto las siguientes sentencias: C.S.J. Mayo 7 de 1947, C.S.J. Octubre 1 de 1942; C.S.J. Marzo 26 de 1958; C.S.J. Nov. 5 de 1960; C.S.J. Febrero 23 de 1973; C.S.J. Junio

c) Otra opción es la *actio in rem verso* (que da origen al enriquecimiento sin justa causa), permite a los concubinos reclamar cuando el otro se ha enriquecido injustamente a sus expensas[3].

La Corte Suprema de Justicia negaba la existencia de derechos entre concubinos por el mero hecho del concubinato, por considerar que existía causa ilícita que generaba nulidad. El Consejo de Estado reconoce el derecho de la compañera permanente del trabajador en caso de fallecimiento de su compañero a reclamar del responsable de la muerte la indemnización del perjuicio material y moral sufrido[4].

En todo caso las dificultades probatorias y la complejidad de los procedimientos para su reconocimiento, limitaban la eficacia de los instrumentos con los que se pretendió la reivindicación y protección de los derechos de la pareja no casada. Sólo hasta la expedición de la Ley 54 de 1990 se reconoce propiamente algunos derechos a la unión entre compañeros. Esta ley define las Uniones Maritales de Hecho y reglamenta el Régimen Patrimonial entre Compañeros Permanentes; prevé para las parejas que conviven y forman una comunidad de vida permanente y singular, el efecto jurídico de la formación de una sociedad patrimonial; Así mismo denomina compañeros permanentes a cada uno de los miembros de la pareja, y señala unos requisitos mínimos para la conformación de esta clase de unión, estos son a saber: a) Unión entre un hombre y una mujer (lo que excluye que la pareja se conforme por personas del mismo sexo, o se conformen uniones grupales o con más personas –uniones poligínicas–); b) La pareja debe formar una comunidad de vida permanente y singular, lo que lleva también a aducir que debe ser estable y pública; c) Comunidad de vida o convivencia por un lapso mayor a dos años para que la unión mencionada tenga los efectos patrimoniales que se describen en la ley.

Se tiene entonces que el efecto jurídico que consagra la ley es meramente de orden patrimonial o económico, pues la convivencia con los requisitos mencionados da origen según la ley a la denominada "Sociedad Patrimonial entre Compañeros Permanentes", que se formará por el patrimonio producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos y que pertenecerá a ambos compañeros

---

22 de 1988; C.S.J. 25 de julio de 1983; C.S.J.; Septiembre 23 de 1989, C.S.J. Mayo 14 de 1992; C.S.J. Julio 16 de 1992; C.S.J. Octubre 22 de 1993.

3 Corte Suprema de Justicia, Diciembre 11 de 1981.

4 Consejo de Estado, Abril 19 de 1980.

permanentes por partes iguales. No se consagran efectos personales pues la ley no menciona nada respecto de obligación alimentaria entre los compañeros[5], presunción de paternidad respecto del compañero, derechos herenciales entre sí, etc.[6]

2. LAS UNIONES MARITALES EN OTRAS LEGISLACIONES

El reconocimiento de derechos de este tipo de uniones en otras legislaciones va desde los que sólo reconocen efectos patrimoniales, hasta los que reconocen derechos personales y patrimoniales.

Países latinoamericanos:

– México: Reconoce efectos jurídicos al concubinato y lo equipara al matrimonio, por lo tanto entre los compañeros existen además de efectos patrimoniales personales como derecho de alimentos y derechos sucesorales.

– Perú: Existe presunción de comunidad después de dos años continuos de convivencia.

– Cuba : La ley dice en qué casos la unión debe ser equiparada al matrimonio civil.

– Bolivia: Reconoce matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con el transcurso de dos años de vida en común.

– Guatemala: Existe equiparación total entre el matrimonio y la unión de hecho, siempre y cuando la unión se someta a la formalidad de registro, exige tres años de convivencia.

– Paraguay: Las uniones de hecho dan origen a obligaciones alimentarias, indemnizatorias, régimen de bienes, después de cinco años de convivencia.

---

5 La obligación de dar alimentos estaba consagrado en el primer proyecto discutido en la Cámara de Representantes, Proyecto de Ley n.º 107. *Anales del Congreso* 31 de agosto de 1988, pp. 14 y15), en su artículo 9.º "se deberán alimentos al concubino abandonado, siempre que tuviere bajo su custodia hijos menores habidos durante el concubinato y se encontrare en imposibilidad de proveer por su propio (*sic*) subsistencia y no hubiere formado otra relación concubinaria". Dicho artículo fue suprimido en los debates posteriores sin explicación alguna.

6 El Proyecto de Ley diferencia en todo caso la sociedad conyugal de la unión de hecho evitando otorgar a los compañeros el status de heredero.

Países europeos:

– Suecia: Las parejas de hecho no están reconocidas en el sistema legal sueco, lo que se regula allí es la cohabitación tanto entre parejas heterosexuales como homosexuales, regulada por la "sambolagen" desde 1987, o Ley de Cohabitación, tiene como objeto la protección de la parte más débil, especialmente en sentido económico. Las diferencias entre la legislación y cohabitación son considerables en materia de propiedad ganancial, herencias, alimentos etc., La ley aborda la división de ciertas propiedades si los cohabitantes se separan. Durante la cohabitación cada parte es titular de sus propiedades y es responsable de sus deudas, sin embargo en ciertas ocasiones se necesita el consentimiento de la parte para disponer de la vivienda común y de los enseres, entonces se dice que la ley otorga efectos patrimoniales únicamente pero sólo si los cohabitantes se separan. Ahora bien, los cohabitantes que no deseen estar sujetos a la Ley de Cohabitación podrán suscribir un acuerdo en tal sentido antes o durante el período de cohabitación.

– España: se han hecho propuestas de carácter nacional y provincial respecto de la conveniencia de regular las parejas de hecho, una de las más importantes leyes autonómicas en este sentido es la Ley Catalana 10 de 1998 del 15 de julio de 1998 que reglamenta las uniones estables de pareja, que pueden ser formadas por "... parejas heterosexuales que, pudiendo contraer matrimonio se abstienen de hacerlo y aquellas otras integradas por personas del mismo sexo, que constitucionalmente tienen vedado el paso a aquella institución"[7] (destacado fuera del texto). Esta ley exige un período mínimo de dos años de convivencia ininterrumpida para la pareja heterosexual, en las parejas homosexuales no se habla de período mínimo, y diferencia en algunos casos las uniones homosexuales de las heterosexuales pero en todo caso reconoce efectos jurídicos de carácter personal y patrimonial a las dos clases de uniones aunque con algunas diferencias. Se menciona en la ley que "los miembros de la pareja pueden regular válidamente, en forma verbal, por escrito privado o en documento público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de

---

7 Ley 10 de 1998 de Uniones estables de Pareja (DOGC num. 2687, de 23-07-98). Preámbulo.

la convivencia con el mínimo de derechos que regula este capítulo, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles"[8]. A falta de pacto, la pareja contribuirá al mantenimiento y gastos comunes en proporción a sus ingresos, la pareja heterosexual puede adoptar en forma conjunta, hay obligación alimentaria entre los compañeros, pensión periódica entre otras, pero no hay derechos sucesorales para la pareja heterosexual.

– Francia: Tradicionalmente el sistema francés guardaba silencio legislativo respecto del concubinato hasta el 15 de noviembre de 1999 cuando se promulgó La Ley n.º 99-944 denominada *pacto civil de solidaridad* que reconoce y regula las relaciones derivadas de parejas de hecho, bien sean de diferente o del mismo sexo, esta ley fue expedida luego de producir toda clase de reacciones en pro y en contra por el reconocimiento de las parejas que viven en unión libre o parejas de hecho heterosexuales y homosexuales que no tenían reconocimiento legal en Francia. El PACS en sí no produce efectos personales significativos pero sí efectos patrimoniales tal como se explicará con posterioridad.

Países del *Common Law*:

Entre ellos Inglaterra y Estados Unidos, donde ha existido el Marriage of Common Law o Matrimonio de Hecho, en este matrimonio se puede emitir el consentimiento bajo cualquier forma, una de las cuales es uniéndose un hombre y una mujer, este matrimonio existe por posesión de estado ostensible, presumiéndose el consentimiento para el matrimonio entre marido y mujer.

Sistema soviético: Allí se asemeja el matrimonio al concubinato, se reconoce alimentos al concubino durante el tiempo de convivencia.

II. UNIONES ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO

Hoy día la convivencia de personas con independencia de la orientación sexual es una realidad común que el derecho en la mayoría de los países ha desconocido.

En el caso de las uniones formadas por parejas del mismo sexo, se observa que las legislaciones que las reglamentan son la excepción, entonces, las parejas que las conforman se encuentran en total desprotección por estar al margen de los ordenamientos jurídicos, ello obedece en gran medida a la discriminación

---

8 Ibidem, artículo 3 inc. 1.

de este tipo de uniones, discriminación que viene desde la antigüedad, así se observa en la civilización romana, donde se consagra la figura del stuprum que describía las relaciones sexuales susceptibles de sanción, entre los cuales se encontraba el "*Stuprum cun masculu*" siendo sancionado severamente, luego Justiniano lo consagra como delito contra la castidad, a raíz de la ideología cristiana que condena la homosexualidad desde todo punto de vista y a partir de la función reproductora que la iglesia asigna al sexo, se menciona que estas conductas a más de constituir pecado se tornan en delito por lo que deben ser severamente castigadas, así, muchas legislaciones de diferentes países penalizan la homosexualidad con penas que van desde la excomunión, la excalvación, la castración o hasta la muerte.

Desde que se separa la idea de pecado y delito, se empieza el proceso de despenalización de la homosexualidad, en lo que influyó el Código Penal Francés de 1810. La homosexualidad va adquiriendo el rango de enfermedad, a mediados del siglo XIX está caracterizada como enfermedad mental por significar una desviación de las leyes de la naturaleza humana, más adelante los médicos, sicólogos y siquiatras empiezan a estudiar el tema, deducen que la homosexualidad como tal, no es una enfermedad mental; a la par empiezan las luchas políticas de personas y grupos homosexuales, para que no se les discrimine en razón de su condición y para que se les reconozcan sus derechos dentro de la comunidad, así pues hoy por hoy, han obtenido el reconocimiento por parte de algunas legislaciones de sus derechos como personas y de sus derechos como parejas.

Lo anterior ha sido realidad que se evidencia y que algunas legislaciones han reconocido. Así se tiene que La Resolución del Consejo de Europa en su Recomendación 924 del 1 de octubre de 1981 declara el derecho a la autodeterminación sexual de hombres y mujeres por lo que exhorta a los estados miembros a abolir las leyes de penalización de los actos homosexuales entre adultos con consentimiento, a asegurar la igualdad de trato de los homosexuales en materia de empleo, remuneración y seguridad social, se pide la interrupción de todo tratamiento obligatorio destinado a modificar las orientaciones sexuales de los adultos, pues ya no se considera la homosexualidad como enfermedad, difundiéndose una tendencia hacia la comprensión y explicación científica del problema, invitándose y obteniéndose finalmente a la Organización Mundial de la Salud para que suprima la homosexualidad de su clasificación internacional de enfermedades, puesto que la homosexualidad en si misma no se considera trastorno mental. Luego se pronuncia la Resolución del Par-

lamento Europeo del 13 de marzo de 1984 sobre las discriminaciones contra los homosexuales, de otra parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado, en varios de sus fallos que la penalización de la homosexualidad desconoce el derecho a la privacidad de las personas.

Así mismo ha considerado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde se ordena a todos los estados garantizar los derechos humanos sin distinción de sexo, así mismo se prohíbe toda discriminación en razón de su orientación sexual y se va abriendo paso poco a poco a las legislaciones contra la discriminación por razones de orientación sexual y al reconocimiento de derechos de las parejas formadas por personas del mismo sexo. No obstante, todavía quedan legislaciones donde la homosexualidad es ilegal y es castigada severamente (Afganistán, Irán, Yemen, entre otros).

1. ALGUNAS LEGISLACIONES QUE RECONOCEN LAS UNIONES MARITALES CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

– Dinamarca (1989): Allí hay registro oficial donde se pueden inscribir las parejas homosexuales que mantengan relaciones de convivencia a efectos de reconocerles los mismos derechos de los heterosexuales casados principalmente en materia de seguridad social, pensiones, impuestos, propiedad, derecho de herencia, salvo el derecho a contraer matrimonio en el sentido tradicional, adoptar niños y compartir la custodia de hijos nacidos mientras mantienen la relación de pareja homosexual.

– Noruega: (1993): Da la mayoría de derechos iguales a las parejas heterosexuales, pero excluye el derecho de adopción de menores.

– Suecia: Como se dijo con anterioridad Suecia, empezó en el año de 1987 regulando la simple cohabitación para cohabitantes heterosexuales y homosexuales y asignando una pequeña protección desde el punto de vista patrimonial, esta ley parlamentaria aborda la división de las propiedades pero sólo si los cohabitantes se separan. Mientras los cohabitantes convivan cada una es titular de sus propiedades y responsable de sus deudas, sin embargo se necesita el consentimiento de la otra parte si se va a disponer de la vivienda y sus enseres, no hay derecho de herencia sobre los bienes del compañero a menos que haya testamento. Además de esta Ley de Convivencia, en Suecia, desde el 1 de enero de 1995 se permite, que las parejas homosexuales se conviertan en una "pareja registrada" con casi los mismos efectos jurídicos del

matrimonio tradicional, con los mismos derechos en materia de bienes y en materia sucesoral, sin embargo no se les permite adoptar conjuntamente, así mismo la mujer que conforme este tipo de unión no puede ser inseminada.

– Holanda : Cuenta con una ley que reconoce el derecho a parejas homosexuales en plena igualdad de condiciones con los consortes heterosexuales[9].

– Francia: El 15 de noviembre de 1999 se expide la Ley n.º 99-944 que adiciona el Libro 1º del Código Civil, sobre los *Pactos Civiles de Solidaridad*-PACS entendiéndose por pacto de solidaridad el contrato por el cual dos personas físicas, mayores, de sexo diferente o del mismo sexo organizan su vida en común, para celebrar este contrato, debe presentarse la solicitud ante el funcionario correspondiente en documento suscrito por ambos, acompañado de las pruebas del estado civil y certificación del Tribunal de nacimiento de los compañeros en el que conste que no tienen otro pacto de solidaridad, El acto se inscribe en el Registro y se toma nota en el lugar de nacimiento de cada compañero. Los llamados *Pactos Civiles de Solidaridad*-PACS, producen básicamente efectos de carácter patrimonial, la ley prevé que los compañeros son obligados solidarios de las deudas de la convivencia, respecto de efectos personales, se dice que los compañeros se deben ayuda mutua y material, las modalidades de la ayuda serán fijadas en el pacto, así mismo, este tipo de contrato es elemento de apreciación de lazos personales en Francia para la entrada y permanencia de extranjeros en este país. También se mencionan las causales por las cuales de dará por terminado el contrato (mutuo consentimiento, solicitud de terminación por una de las partes, por matrimonio de uno de los compañeros y por muerte)[10].

– España: Como se dijo para el caso de las regulaciones de parejas heterosexuales en España se han venido en los últimos años presentando diferentes proposiciones de ley sobre parejas de hecho, muchas de ellas a fin de reconocer derechos a las uniones de parejas heterosexuales u homosexuales, que mantengan durante al menos un tiempo una convivencia, atribuyendo a la unión ciertos efectos jurídicos. Respecto de leyes autonómicas la primera en reconocer efectos jurídicos a las uniones entre heterosexuales y homosexuales es la Ley de uniones estables de pareja, del 15 de julio de 1998 de Cataluña. Esta ley diferencia en algunos aspectos las uniones entre heterosexuales y homo-

---

9 Periódico *El Mundo*, Jueves 27 de abril de 2000.

10 Ley 99-944 del 15 de Noviembre de 1999 Sobre los Pactos de Solidaridad de Francia.

sexuales, así se tiene que para las uniones heterosexuales se exige un período mínimo de dos años de convivencia cuando la pareja no tiene descendencia común, en las parejas homosexuales no se habla de período mínimo, se exige para la para la pareja homosexual la acreditación mediante Escritura Pública, lo que no se exige para la pareja heterosexual, la adopción es restringida para los miembros de la pareja heterosexual, quienes pueden adoptar conjuntamente.

– Se otorgan ciertos derechos sucesorales para la pareja homosexual, excluyéndose de este beneficio sin explicación alguna a los miembros de la pareja heterosexual, de otra parte se contempla la obligación alimentaria entre los compañeros. Así mismo, se aprueba recientemente en Navarra la proposición de Ley sobre parejas de Hecho que por primera vez reconoce el derecho de las parejas homosexuales de adoptar hijos, esta ley otorga el concepto de pareja estable a las uniones entre mayores de edad que con independencia de su orientación sexual conviven durante un año. Aragón también reconoce el derecho de parejas homosexuales y otorga efectos jurídicos a esta clase de uniones.

– Estados Unidos: En el Estado de Vermont el 25 de abril de 2000 se aprobó una ley en los Estados Unidos que concede a las parejas homosexuales los mismos beneficios que tienen las parejas heterosexuales, esta ley les concede derechos de herencia, de transmisión de propiedades, extensión de derechos sanitarios a cada uno de los miembros de la pareja y otros beneficios legales de los que hasta ahora sólo disfrutaban las parejas heterosexuales.

De otra parte en países como Islandia, Alemania, Canadá, Bélgica, Hungría, también se regulan algunos derechos derivados de las uniones de parejas del mismo sexo.

Se ve entonces, que diversos países han ido dictando disposiciones encaminadas a regular con más o menos amplitud el régimen jurídico de las uniones de hecho primero heterosexuales y poco a poco se ha ido regulando la convivencia de uniones con independencia de su orientación sexual. En todo caso es de observarse que las leyes que se han expedido son en su inmensa mayoría de origen autonómico o locales, es decir de algunas regiones o provincias de Países donde en su mayoría no se reconocen legislativamente a nivel nacional esta clase de uniones.

La mayoría de legislaciones que han regulado estas uniones en todo caso consideran el matrimonio y las uniones de hecho como instituciones diferentes que obedecen a opciones y planteamientos personales distintos. En todo caso en esta clase de uniones también se observa que los efectos jurídicos dados van desde los que no producen sino solamente efectos de orden patrimonial para

pasar a otros donde se reconocen además de los patrimoniales los personales, como derechos de alimentos, derechos en la sucesión del compañero fallecido, derechos en materia de seguridad social, compensaciones económicas en ciertos eventos, pensiones periódicas, y en algunos hasta el derecho tan discutido y controvertido de adoptar hijos. Al respecto cabe preguntarse si con posterioridad se permitirá y regulará la inseminación artificial de la mujer que forma parte de este tipo de uniones y en un futuro no muy lejano (por los últimos descubrimientos de la ciencia con el genoma humano) se permitirá y reglamantará la procreación en individuos del sexo masculino.

2. LAS UNIONES CONFORMADAS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA. TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

En nuestro país, acorde con las posiciones legales de la época, se tipificó como delito la homosexualidad, hasta el año de 1980 donde el legislador decide suprimir la figura del homosexualismo del Código Penal por las razones socioculturales que generaron los movimientos de carácter universal que con anterioridad brevemente se explicaron, suprimiéndose el artículo 323 numeral 2 y 329 del Código Penal de 1936 (abusos deshonestos en la forma homosexual.

Con la Constitución de 1991 se dictan disposiciones de avanzada en el campo de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de la persona, dentro de ellos podemos mencionar a propósito del tema que nos ocupa los artículos 13 y 16 que se refieren de un lado al Derecho a la Igualdad y por el otro al Libre desarrollo de la personalidad, el artículo 13 proclama que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, gozan de los mismos derechos libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional, o familiar, lengua, religión, opinión política o religiosa, el artículo 16 consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Estas dos disposiciones constitucionales son las que jurídicamente fundamentan hoy, todas las argumentaciones y solicitudes respecto de la discriminación por razones de homosexualidad. Todo ello fundado en el respeto por la dignidad humana, la tolerancia, la solidaridad y la autonomía personal (C.P. arts. 1, 2, 15 y 16).

En desarrollo de estos preceptos, la Corte Constitucional se ha ocupado ampliamente del tema con ocasión de decisión de acciones de tutela y acciones de constitucionalidad de algunas normas, instauradas para evitar la discrimi-

nación de las homosexuales en el campo jurídico, así se tienen varias sentencias referidas con el asunto en cuestión, Al respecto, la Sentencia C-481 de septiembre 9 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, que menciona:

> ... Las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Así, si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (CP art.13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). Por cualquiera de las dos vías que se analice, el resultado constitucional es entonces idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto[11].

En todo caso la Corte ha advertido que corresponde a cada persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecten derechos de terceros ni vulnere el orden constitucional.

Ahora bien, en Colombia no existe ninguna ley o disposición que reconozca efectos jurídicos a las uniones formadas entre parejas homosexuales, es más nuestra Ley 54 de 1990 sobre unión marital de hecho, expresamente señala que la unión formada entre un hombre y una mujer que hacen una comunidad de vida permanente y singular será unión marital de hecho y producirá los efectos jurídicos que se señalan.

De entrada la disposición está mencionando que las uniones protegida serán las uniones de pareja heterosexuales excluyéndose con esto las uniones formadas por homosexuales, a propósito la Corte Constitucional ya se ocupó del tema en el pronunciamiento C-098 del 7 de marzo de 1996[12] al decidir la demanda de exequibilidad del artículo 1º. de la Ley 54 de 1990 que establece

---

11 Valga citar al respecto las siguientes sentencias que se han encargado de tratar el Tema en cuestión: Corte Constitucional T-539-94; C-481-98; C-507-99; T-097-94; T-101-989 C-098-96.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-098 del 7 de marzo de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

la unión formada por "un hombre y una mujer", excluyendo a las parejas homosexuales pues, según el demandante de la norma, en ellas también se da una comunidad de vida y sus miembros concurren a la formación de un patrimonio con base en su trabajo, ayuda y socorro mutuos y considera que la ley viola el principio de igualdad consagrado en la Constitución Política artículo 13.

Al respecto la Corte manifiesta que la conducta y el comportamiento homosexuales, son manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas, respecto de las disposiciones acusadas no por el hecho de contraer su aplicación a las parejas heterosexuales, se coarta el derecho constitucional a la libre opción sexual, la ley, dice la Corte, no está impidiendo que se constituyan parejas homosexuales, tampoco con esta norma se prohíbe ni sanciona el homosexualismo. Simplemente trata los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones, las heterosexuales en razón, a diversos factores de orden social y jurídico tenidos en cuenta por el constituyente al momento de legislar que tuvieron en cuenta en todo caso sólo a la pareja heterosexual, no por esto observa la Corte, se está violando o discriminando los derechos de los homosexuales. El hecho de que se reivindique y proteja un grupo anteriormente discriminado como las uniones de hombre y mujer no casados "... y que esta misma regla no se aplique a las uniones homosexuales no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso, máxime si se toma en consideración la norma constitucional que le da sustento (art. 42)".

Así mismo la Corte en esta ocasión mencionó "... La ley no impide de modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. En todo caso, la orientación sexual en modo alguno impide a las personas celebrar válidamente con sus pares o con terceros, contratos o negocios de contenido patrimonial, inclusive de naturaleza asociativa...".

Se tiene entonces, que en la actualidad en nuestro país, no existe una normatividad que regule las relaciones de convivencia de las parejas homosexuales, se les protege sí a las personas homosexuales individualmente consideradas con base en principios constitucionales y de derechos humanos en general, pero cuando estas personas deciden libremente unirse a otra persona del mismo sexo e iniciar una convivencia en pareja, no encuentran una protección legal propiamente dicha como sucede en el caso de las uniones de heterosexuales (Matrimonio o Unión Marital), pues de la convivencia por sí sola entre

homosexuales no se deriva ningún efecto jurídico de carácter patrimonial o personal, otra cosa es que los compañeros de mutuo acuerdo y para proteger sus intereses y regular sus aspectos económicos entre pareja decidan celebrar contratos o negocios para tal fin, en cuyo caso es necesario que concurran todos los elementos esenciales y de validez que la ley determina para que nazca y surta todos los efectos que le son propios e inherentes. Ahora en el evento en que se presente la ausencia de uno o varios de cualquiera de los elementos antes citados la misma ley dispone la sanción que será la inexistencia o nulidad respectivamente (arts. 1501 del Código Civil y 897 y 899 del Código de Comercio).

Para el caso en que la pareja homosexual decida formar una sociedad de hecho o cualquier otro tipo de sociedad, deberá entonces constituirse cumpliendo la totalidad de requisitos esenciales y de validez verbigracia aportes, repartición de utilidades, animus societatis, pluralidad de asociados para los primeros y capacidad legal, consentimiento libre de todo vicio, que las obligaciones que contraigan tengan objeto y causa lícitos, para los segundos.

Pero insistiendo en que los efectos que se deriven del acto o contrato son con ocasión o como resultado del mismo y nunca con ocasión de la convivencia como pareja del mismo sexo que a pesar de no ser ilícitas o prohibidas por la ley no producen efecto jurídico alguno en nuestra legislación.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO DEL CAMBIO DE SEXO (TRANSEXUALISMO)

Se sabe que con el avance de la medicina, en la actualidad es posible el cambio de sexo por intervenciones médico-quirúrgicas, al respecto es necesario anotar que lejos de abordar el problema del transexualismo en el ámbito jurídico (que sería objeto de un estudio individual) y sin el ánimo de confundir fenómenos que según la sicología y siquiatría son diferentes entre sí como la transexualidad y la homosexualidad, se tratará someramente algunos aspectos que interesan en nuestro tema de uniones maritales heterosexuales y homosexuales, así pues, podrá una persona nacida mujer u hombre someterse al cambio de sexo y como consecuencia de ello obtener el cambio de nombre y la consiguiente declaración de rectificación del sexo en el registro civil, para luego con base en su nuevo sexo solicitar la celebración de matrimonio con otra persona de sexo diferente al que actualmente ostenta el transexual alegando que ya se cumple

con el requisito de la heterosexualidad? Podrá adoptar hijos, y obtener todos los beneficios que tendrían las parejas heterosexuales?

En nuestro país y en la mayoría de los países, no existe una legislación para las personas transexuales. En el ámbito de la Unión Europea unos pocos países que han introducido legislación específica sobre la transexualidad entre ellos Dinamarca (1973-1975) República federal Alemana (1981) Italia (1982) Países Bajos (1985), regulan básicamente los procedimientos y los derechos después de las intervenciones médicas.

Se sabe que respecto de la solicitud de cambio de sexo y nombre en algunos juzgados de España se han obtenido sentencias favorables[13]. Ahora bien respecto de la solicitud de matrimonio por un transexual en lugares donde no se reconoce el derecho de matrimonio para los mismos, se podrá decir que el transexual tiene derecho a cambiar de nombre de varón o hembra por el que corresponda a su nuevo sexo, pero sin que tal modificación suponga una equiparación total con el sexo masculino o femenino al cual cambió para realizar determinados actos o negocios jurídicos. Es de anotar que la solicitud de cambio de nombre y rectificación del sexo en el registro civil en algunos casos ha sido negada, así mismo la solicitud a los transexuales de la posibilidad de contraer matrimonio con personas de su sexo originario. En nuestro país, a pesar de no regularse nada al respecto, la solicitud de cambio de nombre con ocasión de cambio de sexo, se hace por el Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria (art. 649 del Código de Procedimiento Civil), sustentado en el Decreto 999 de 1980 que permite a las personas por una sola vez mediante Escritura Pública la modificación del registro para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre (no su sexo), todo con el fin de fijar su identidad personal.

En otros países como el caso de Brasil, el cambio de nombre solo es posible en cuatro casos: 1) En caso de adopción; 2) En los procesos de reconocimiento de paternidad; 3) en caso de errores ortográficos, y 4) en el caso en que la persona posea un nombre ridículo (art. 58 Civil Registration Act). Esta última es la usada frecuentemente para el caso de transexuales pues antes de la intervención medica poseen un nombre de acuerdo a su sexo y después de la intervención médica conservan el nombre originario que no corresponde con la nueva apariencia física del individuo lo que lo puede exponer al ridículo.

---

13 Nicolás Perez Canovas, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*. Ed. Comares, Granada 1996, pp. 132 a 141.

De otro lado, hay corrientes que proponen que se registre un tercer género en cuanto a hombre, mujer y transexual en orden de evitar equivocaciones en la sociedad.

De lo anterior, se observa que paulatinamente la sociedad ha ido reconociendo ciertos derechos a parejas que no se construyen sobre las bases del matrimonio tradicional, así pues se han ido reconociendo ciertos derechos que en antaño eran totalmente repudiados y que aún hoy son bastante controversiales en algunas legislaciones, especialmente en lo que tiene que ver con las uniones homosexuales, el reconocimiento va partiendo poco a poco por vía jurisprudencial hasta alcanzar consagración en disposiciones legales, bien sea de carácter nacional federal o provincial en algunos casos, pero en todo caso se han ido reconociendo poco a poco derechos derivados de la convivencia como pareja.

Entonces con estos reconocimientos de derechos, podremos concluir que se ha ido transformando el concepto de familia en nuestra sociedad, para dar paso a un concepto menos rígido y más real que da lugar a una sociedad mas justa y respetuosa por los derechos del otro.

BIBLIOGRAFÍA

Pérez Canovas, Nicolás. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*. Comares, Granada, 1996.

Ballesteros Beltran, Jaime. La unión libre o marital: Hacia un verdadero matrimonio, *Revista de Derecho privado*, n.º 4, Universidad Externado de Colombia, Julio de 1998-Diciembre de 1999.

Lafont Pianetta, Pedro. *Derecho de Familia: Unión Marital de hecho ley 54 de 1990*, Librería del Profesional, Bogotá, 1992.

Montoya C., Julio; Velez, Azucena. *Crece la unión libre en Colombia*, Centro de Investigaciones Sociales, Medellín, 1993.

Estrada Alonso, Eduardo. *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1991.

Garcia Restrepo, Fernando; Roca Betancur, Luz Stella. *Hacia un justo régimen de bienes entre compañeros permanentes*. Ed. Semilla y Viento, Medellín, 1994.

Renstrom, Frederic. Ponencia para el II Congreso Europeo de Derecho de Familia. Mayo 2000.

Marques, Lima; Ramos Da Silva, E. *Legal Aspects of transexualism in Brazilian law. The international journal of Transgenderism*, Volume 1 Number 1 July -September 1997.

LEGISLACIÓN

Constitución Nacional de la República de Colombia. Legis, Bogotá, 2000.

Código Civil Colombiano, Legis, Bogotá, 2000.

Código de Comercio Colombiano, Legis, Bogotá, 2000.

Ley 54 de 1990.

Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida del 16 de Febrero de 1999.

Ley 10 de 1998 del 15 de julio de 1998 Ley de uniones estables de Pareja de Cataluña.

Proposición de Ley de Parejas del PSOE.

Ley 99-944 del 15 de Noviembre de 1999 Pactos Civiles de Solidaridad.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de Colombia Sentencias de: C.S.J. Mayo 7 de 1947, C.S.J. Octubre 1 de1942; C.S.J. Marzo 26 de 1958; C.S.J. Nov. 5 de 1960; C.S.J. Febrero 23 de 1973;C.S.J. junio 22 de 1988; C.S.J. 25 de julio de 1983; C.S.J.; Septiembre 23 de 1989, C.S.J. Mayo 14 de 1992; C.S.J. Julio 16 de 1992; C.S.J. Octubre 22 de 1993.

Corte Constitucional sentencias T -539-94; C-481-98; C 507-99; T 097-94; T 101-989; C 098-96.