

SENTENCIA C-886/10
(Noviembre 11, Bogotá D.C)

Referencia: Expedientes D- 7882 y 7909 acumulados

Demandas de inconstitucionalidad: contra el artículo 113 (parcial) del Código Civil y el inciso 1° (parcial) del artículo 2° de la ley 294 de 1996.

Actores: Jaime Luís Berdugo Pérez y Felipe Montoya Castro, respectivamente.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Textos normativos demandados.

Los ciudadanos Jaime Luís Berdugo Pérez (D-7882) y Felipe Montoya Castro (D-7909), de conformidad con el artículo 241 de la Constitución Política y con el Decreto 2067 de 1991, interponen acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil y el inciso 1° (parcial) del artículo 2° de la ley 294 de 1996, por la presunta vulneración de los artículos 1, 2, 11, 12, 13, 16, 18, 38, 93 y 94 de la Constitución Política y los artículos 7 y 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 6° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Las disposiciones demandadas son las siguientes:

“CÓDIGO CIVIL

(...)

TITULO IV.
DEL MATRIMONIO

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

“LEY 294 DE 1996¹

Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

(...)

¹ Diario Oficial No. 42.836, de 22 de Julio de 1996

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

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.”

2. Demandas: Pretensiones y Fundamentos.

2.1. Expediente D- 7882

2.1.1. Pretensión: El señor Berdugo Pérez y otros, solicitan² se declare exequible la norma demandada en el entendido que también las parejas homosexuales pueden contraer matrimonio. Afirman, que cualquier otra interpretación sería inexecutable.

2.1.2. Cargos

Los accionantes afirman que el artículo 113 del Código Civil vulnera los artículos 13, 16, 93 y 94 de la Constitución y los artículos 7 y 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para tal efecto esgrimen unos argumentos generales al respecto.

- Se señala que uno de los derechos constitucionales fundamentales que la Carta Política no referencia directamente es el derecho a contraer matrimonio, que es lo mismo, que el derecho a vincularse jurídicamente en pareja, no solo por la mera cohabitación, sino por el consentimiento prestado ante y conforme la normatividad lo señala, sin embargo esa falta de consagración como derecho autónomo no ha sido óbice para que se le reconozca su naturaleza jurídica, ello puede verse en la sentencia C-507 de 2004, emitida por la Corte Constitucional.

- El artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio...”, sin distinguir las circunstancias sexuales, raciales, de orientación sexual o cualquier otra de quien decide vincularse jurídicamente con su pareja. En aplicación de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política se entiende que se está en presencia de un derecho fundamental inobjetable: a contraer matrimonio. Como derecho fundamental que es, reviste las calidades de inalienabilidad, inherencia, y esencialidad al ser humano, por ello, presenta una mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico, dada su incidencia en el desarrollo existencial de las personas respecto de sus expectativas de vida, bien sea en forma individual, como ser autónomo, o en forma colectiva, dado su asocio natural con los demás congéneres.

² Folios 31 al 35 del expediente.

- La norma demandada no prohíbe que el hombre o la mujer homosexual contraigan matrimonio, sino que si lo quieren o desean hacer, deben hacer caso omiso a su orientación sexual, o si es el caso, renunciar a la misma para ejercer a plenitud esta garantía. El artículo 12 constitucional señala que nadie puede ser sometido a tratos degradantes; dichos tratos se han entendido como aquellos que humillan gravemente al individuo frente a los demás, o le compele actuar en contra de su voluntad; la norma demandada trata a los colombianos homosexuales de una forma degradante, pues los cosifica, desconoce su dignidad humana y le obligan a renunciar a lo irrenunciable: la orientación sexual.

- Se indica que al análisis jurídico esbozado, se le podría objetar que el artículo 42 de la Constitución Política determinó que el matrimonio nace de “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraerlo”, lo que en principio significaría la exclusión de las personas con inclinaciones distintas a la heterosexual para suscribir ese contrato, sin embargo ello no es así, toda vez que lo que hace el texto constitucional es enunciar una realidad social: que la heterosexualidad es mayoritaria en nuestro país. No podría entenderse que la Carta enuncie que busca la igualdad en un marco pluralista y libre, tal como lo proclama su preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 7, 12, 13, 16, 17, 18, 24, y 28, y que después se ensañe contra un grupo poblacional minoritario tradicionalmente discriminado y le suprima irrazonablemente determinados derechos. Precisamente para evitar esas contradicciones, el constituyente fue sabio al considerar en el artículo 94, que si bien para ese momento histórico no era posible reconocer todos los derechos inalienables a la persona humana, quedaba la puerta abierta para que en el futuro, solo con el hecho que una garantía tuviera ese grado bastaba para reconocérsele su naturaleza normativa.

- Se podría oponer también que las parejas del mismo sexo ostentan el derecho a vivir en unión libre, lo que significaría que la acción presentada tendría carencia actual de objeto, ello tampoco sería así, el matrimonio y la unión marital de hecho son antológicamente distintas y sus consecuencias son diversas.

2.2. Expediente D-7909.

2.2.1. Pretensión: Respecto del artículo 113 del Código Civil se solicita que la Corte Constitucional declare inconstitucionales las expresiones “... un hombre y una mujer...” y “...de procrear...” contenidas en dicha norma. En relación con las expresiones “...familia...” y “... de un hombre y una mujer...”, contenidas en el inciso 1° del artículo 2° de la ley 294 de 1996, se solicita sean declarados inexequibles.

2.2.2. Cuestión Previa. Señala el demandante que el artículo 113 del Código Civil no ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, por lo que no opera la cosa juzgada constitucional. Respecto del artículo 2° de la ley 294 de 1996, tampoco se ha configurado el fenómeno

de la cosa juzgada constitucional toda vez que aunque la Corte se pronunció mediante sentencia C-029 de 2009, el fallo fue inhibitorio.

2.2.3. Cargos.

Se afirma que la Constitución colombiana protege a todos los grupos por igual, debiendo tomar medidas especiales de protección respecto a aquellos que sean especialmente vulnerados. No obstante dicha afirmación no siempre responde a la realidad. Uno de los ejemplos es la desigualdad de derechos de las personas homosexuales. Dicho grupo social, se ha visto vulnerado en sus más básicos derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, a la libre asociación, a la prohibición de tratos crueles e inhumanos, a la coartación de su libre desarrollo de la personalidad. Es normal que cuando se habla de la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan integrar un grupo familiar se incurra en error de confundir la noción de familia, en estricto sentido, con la institución religiosa del matrimonio y su particular concepción de la familia. Se debe afirmar que el matrimonio ya sea civil, católico o de cualquiera de las religiones legalmente establecidas en Colombia es tan sólo una de las muchas formas que el ordenamiento jurídico establece para conformar la institución familiar. Por lo tanto, la noción de familia es completamente diferente a la de matrimonio.

La familia no es una comunidad de individuos, sino unos determinados sujetos que la constituyen en virtud de las relaciones que les unen. Antes que sociales, estas relaciones son personales, es decir, constituyen la intimidad de la persona. El deseo humano de constituir una familia no obedece al simple capricho de un individuo sea éste homosexual o heterosexual sino que obedece a la naturaleza humana y a la esencia intrínseca de las personas. Se indica que las normas demandadas al restringir sin fundamentos legales y razonables derechos fundamentales de las personas homosexuales contrarían el postulado básico anotado y han dado origen a un sistema legal discriminatorio con efectos adversos para todas las personas que, atraídas por individuos de su mismo sexo, ven irrazonablemente obstaculizado su plan de vida al no poder contraer matrimonio civil o integrar un núcleo familiar como consecuencia de un marco legal del que son claramente excluidos y en virtud del cual son discriminados.

2.2.3.1 Análisis del artículo 2° de la ley 294 de 1996.

Indica el demandante que la norma enunciada tiene su génesis en el texto constitucional contenido en el artículo 42³. Esta norma constitucional ha sido interpretada en forma tal que sólo se permite a las uniones de parejas heterosexuales conformar familia y para ello ha usado un criterio de interpretación original. Esta interpretación, en el sentido de restringir el

³ ART. 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

derecho de las parejas del mismo sexo a conformar una familia, deviene de posiciones ortodoxas. Estas posiciones olvidan que nuestra sociedad no se rige por la moral sino por la Constitución y las leyes que consagran en forma clara que Colombia es un Estado Social de Derecho Pluralista donde se respeta la dignidad humana y en el que todas las personas son iguales y tienen los mismos derechos, sin lugar a hacer discriminaciones que puedan basarse en criterios como la opción sexual. En pleno siglo XXI y pese a que la homosexualidad ya no es catalogada como un delito o una enfermedad y que se ha reconocido como una opción válida de vida digna, tenemos claro que existe un prejuicio basado en estereotipos anacrónicos acerca de las personas homosexuales.

- *Se manifiesta que las normas demandadas constituyen una vulneración al principio de dignidad humana toda vez que limita la posibilidad de los homosexuales a tener un plan de vida y desarrollarse en forma plena, acorde es el deseo del espíritu humano.* Se considera que no hay trato más cruel, inhumano y degradante que negar a una persona la posibilidad de materializar su proyecto de vida por razón de sus preferencias sexuales y esto claramente se observa en la naturaleza excluyente de las normas demandadas que, al restringir el derecho de las personas homosexuales a escoger autónomamente su modelo de realización personal y, si así lo prefieren, optar por conformar una familia o de contraer matrimonio civil, son claramente contrarias al espíritu de la Constitución. Esto deriva en vulneraciones a la integridad física y moral de las personas homosexuales. Vulneración que se concreta principalmente en que cuando un individuo se reconoce a sí mismo como homosexual y establece un proyecto de vida común con su pareja, el Estado no permite que su unión pueda concretarse en un contrato civil de matrimonio y constituir una familia; derechos a los que cualquier persona heterosexual puede acceder sin dificultad alguna.

Se señala por parte del demandante que existe una coexistencia injustificada de líneas jurisprudenciales en las que por un lado se reconocen derechos de los homosexuales como individuos, pero por el otro se les somete a un trato diferencial nugatorio del pleno reconocimiento de sus derechos los cuales son inherentes a todo individuo de la especie humana por el simple hecho de existir. Es precisamente esta diferenciación excluyente y discriminatoria a la que han sido sometidos los homosexuales la que ha generado una visión de “anormalidad” frente a las uniones de parejas del mismo sexo.

- *Se expresa que el artículo 13 de la Constitución lleva implícita una cláusula de erradicación de las injusticias presentes, que debe ser aplicada a cada caso concreto.* Si se mira en forma abstracta a una pareja, homosexual o heterosexual, veremos que está conformada por dos personas que voluntariamente deciden unirse para compartir su proyecto de vida y desarrollarlo en forma mancomunado sólo que respecto de la pareja heterosexual la ley brinda todas las garantías para tal fin, mientras que la pareja homosexual se ve limitada toda vez que la ley la ignora y, de hecho, la

discrimina en forma abierta y pública. Es irrazonable, desproporcionado y ajeno que las personas homosexuales y demás integrantes de la población LGBT sean privados del derecho a constituir un núcleo familiar o a recurrir a un contrato civil de matrimonio como forma asociativa, pues resulta inconcebible que el núcleo esencial del artículo 13 haya sido restringido por el mismo constituyente en el artículo 42. Por el contrario, el artículo 42 de la Carta complementa lo prescrito por el artículo 13 al ofrecer toda una amplia gama de posibilidades para la integración de una familia, pasando desde el matrimonio, religioso o civil, a la voluntad responsable de conformarla.

- *El Estado social de derecho se ha encargado de reforzar el sentimiento de pertenencia de los ciudadanos a él y se ha convertido en el máximo garante de la libertad personal y la dignidad humana, gracias a la labor de protección de dichos derechos. Se pregunta el demandante ¿Qué le es debido al ser humano por el simple hecho de existir en un verdadero Estado Constitucional? Y se responde que resulta fundamental el reconocimiento de su humanidad, y por tanto, el acceso a aquellos derechos humanos básicos que requieren para vivir conforme a su dignidad, y cuyo descubrimiento es accesible a la razón y fruto de la evolución de los derechos humanos. El derecho no está al servicio del capricho arbitrario de ningún individuo, sino que debe responder a la razón. El Estado constitucional no puede permitir la reducción del contenido de un derecho fundamental al consenso de una mayoría, lo que lleva a la injusticia, tiranía y la represión, antítesis claras de lo que debe ser un verdadero Estado Constitucional nuestro.*

Cuando el contenido y alcance de uno o varios derechos fundamentales queda reducido a la voluntad de una mayoría, se condiciona enormemente la manera de entender lo que son la Constitución y los derechos fundamentales lo cual deriva en el desconocimiento de las mínimas garantías fundamentales que deben amparar a todo individuo y mayormente a un grupo poblacional altamente discriminado como lo es el homosexual. El que exista un grupo social mayoritario que considere como contrario a la “moral” que dos personas de un mismo sexo formen una pareja y tengan un proyecto de vida en común consistente en conformar una familia no debe constituirse en óbice para que dicho derecho, constitucionalmente protegido, les sea negado o desconocido ya que eso conlleva una clara afrenta a los derechos fundamentales que todo individuo posee bajo el marco de un Estado Constitucional y pluralista. Por lo tanto, se hace necesaria a toda costa la defensa de la dignidad humana, de la igualdad verdadera entre hombres y mujeres, de la libertad, del libre desarrollo de la personalidad y del pluralismo y la tolerancia, pues son pilares fundamentales para la supervivencia del Estado constitucional.

- *La exclusión y discriminación hacia las personas homosexuales es explicable, más no justificable, a la luz de la segregación histórica a la que han sido sometidas por parte de grupos religiosos y facciones de ultra derecha. El rol de “ciudadano de segunda clase” dado al homosexual que*

formalmente es reconocido como “igual” a las personas con orientación heterosexual pero a la vez se ve restringido en derechos de carácter fundamental como los mencionados, lo que es una clara forma de violación a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución. La reclamación histórica que eleva la población homosexual sobre sus derechos a contraer matrimonio civil y a constituir una familia, es una pretensión de carácter esencial por parte de un grupo de la población que no ha tenido voz propia en la adopción de decisiones políticas que lo afectan. La discriminación consistente en el hecho de no poder acceder a dichos derechos es algo que escapa absolutamente al control de quien lo sufre pues no depende de su voluntad o deseo, infringiendo una grave vulneración de las condiciones mínimas esencial del concepto de igualdad y dignidad humana.

- *Es claro que el artículo 42 de la Constitución Política se refiere a la familia y señala los diversos caminos o vías que conducen a ella, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.* El artículo 42 constitucional hace referencia en dos ocasiones a la voluntad (decisión libre – voluntad), separándolas con una “o” entendida como una conjunción de carácter disyuntivo, para referirse a dos clases de familia: a.) Una surgida del matrimonio, donde la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia. b.) A la surgida en la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se trate de hombre y mujer, lo que, sin dudas, cobija también a las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin necesidad de que ellas contraigan matrimonio. A existido una interpretación errada del artículo 2° de la ley 294 de 1996, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer. Se debe entender que la “o” que se usa entre la hipótesis matrimonial y la de voluntad responsable de conformarla, hace referencia a formas optativas de constituir una familia que pueden o no estar relacionadas entre ellas. Tratándose de un estado social y democrático de derecho no se puede afirmar que la heterosexualidad sea requisito sine qua non en todas las clases de familias existentes en el marco de la sociedad las cuales se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución y que, con base en ello, se pueda vulnerar el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio y conformar una familia en pro de las creencias particulares de un grupo mayoritario pues, con esos mismos argumentos, otras prácticas discriminatorias como el racismo y el sexismo se han abierto campo en nuestra sociedad.

- *La abstención del Estado frente a la situación legal de las parejas del mismo sexo no tiene sustento democrático y carece de legitimidad. La inacción estatal frustra expectativas de bienestar y plenitud garantizadas constitucionalmente a todos los colombianos, sin lugar a ser discriminados salvo que existan razones objetivas y como se ha visto, no es ese el caso. Por*

tanto, verificada como está la situación de vulneración de derecho de un grupo poblacional, debe el juez constitucional entrar a poner fin a dichas limitaciones arbitrarias que son intolerables en un estado social de derecho. La pasividad y complicidad del Estado ante la marginación a la que son sometidas las parejas del mismo sexo, no se compadece con los deberes que impuso a las autoridades públicas la consagración de un orden constitucional justo. En consecuencia, con sujeción a los principios de aplicación integral de la Constitución y de armonización concreta, la Corte Constitucional debe reconocer el derecho de todas y todos los ciudadanos de Colombia a formar una familia y a recurrir al matrimonio, como contrato civil, para asociarse y desarrollar libremente su plan de vida independientemente de la orientación sexual que posean.

2.2.3.2. Análisis del artículo 113 del Código Civil.

Señala el demandante que en Colombia se distingue entre matrimonio religioso y matrimonio civil, siendo el primero una institución cultural derivada de los preceptos de una religión, y el segundo una figura jurídico contractual que indica un conjunto de deberes y derechos legalmente definidos. El contrato civil de matrimonio se rige por las disposiciones legales contenidas en el Código Civil. Por principio jurídico, las leyes tienen carácter general, impersonal y abstracto obligando o beneficiando de igual forma a todas las personas. Se debe hacer énfasis en que las parejas del mismo sexo son legalmente capaces, pueden emitir un consentimiento válido y su unión goza del objeto y causa lícita. No se puede afirmar legítimamente que sea razonable o constitucional excluir de la posibilidad de celebrar el contrato de matrimonio civil a las parejas del mismo sexo en razón de su opción sexual.

- Uno de los argumentos con base en los cuales se suele negar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de acudir al contrato de matrimonio civil como forma asociativa, es su incapacidad para procrear. Considera el actor que no se debe tener como una finalidad sine qua non del matrimonio la procreación en la forma como lo hace el artículo 113 del Código Civil. La procreación en el matrimonio es un acto facultativo de los contrayentes y no una obligación derivada de la figura contractual puesto que a ninguna se le puede obligar a ser madre y circunscribir su proyecto de vida a la maternidad, pues eso sería claramente nugatorio de sus derechos constitucionales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Sostener que por el hecho de no poder procrear las parejas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio es carente de fundamento constitucional, en primer lugar porque es un requisito que no se puede exigir ni siquiera a las parejas heterosexuales y en segundo lugar, porque para procrear no se requiere de la celebración de un contrato. El reconocimiento de la capacidad de las parejas homosexuales para contraer matrimonio civil y para conformar una familia no implica crear esos vínculos sino reconocer su existencia social para darles la plena protección

constitucional que un Estado pluralista y respetuoso del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad debe ofrecer.

- *El derecho al libre desarrollo de la personalidad, se ve vulnerado al desconocer la posibilidad de manifestar y proyectar esta visión por la discriminación ante el trato diferenciado y el reproche social al que son sometidos los integrantes de parejas homosexuales.* Toda discriminación a las personas por razón de su orientación sexual resulta contraria a la dignidad humana; dignidad humana que resulta de la decisión de mostrar capacidad de elegir la opción de vida que se desee y que deviene de la autonomía de la persona. La conducta y el comportamiento homosexual son opciones válidas y legítimas por lo cual carece de sentido que la autodeterminación sexual quede por fuera de los linderos de la protección jurídica que se brinda a las personas heterosexuales.

2.2.3.3. Test de Proporcionalidad.

Indica el actor que la prohibición legal a los homosexuales de recurrir al contrato civil de matrimonio y a conformar una familia derivada de las normas demandadas, viola en forma flagrante el derecho a la igualdad y a la no discriminación por cuanto no se sustenta en motivaciones objetivas y razonables sino que, por el contrario, encarna prejuicios y estereotipos que no tienen cabida en un estado social de derecho como el Colombiano. Se agrega que es indispensable recurrir a un test estricto de proporcionalidad en que se establezca si las restricciones a las parejas del mismo sexo a conformar una familia y a acudir al contrato civil de matrimonio tiene asidero en argumentos razonables o en simples consideraciones de carácter moral sin asidero constitucional. Se puede afirmar, a partir de una racionalidad acorde a los valores y principios consagrados en la Constitución Política, que el ordenamiento jurídico o el operador judicial no pueden imponer limitaciones fundadas en razones que no sean objetivas y razonables. Así, una pareja, independientemente de la orientación sexual que posea, que toma la decisión de casarse y formar una familia para construir un proyecto de vida mancomunado, es digna merecedora de ser protegida constitucionalmente y legalmente.

- *El matrimonio entendido como un contrato civil y la familia, son por antonomasia dos de las formas más antiguas de asociarse.* El código civil, al excluir del contrato civil de matrimonio a las parejas homosexuales y el artículo 2 de la ley 294 de 1996 que desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política, al limitar la posibilidad de conformar una “familia” a las uniones heterosexuales vulneran, entre otros derechos fundamentales, el derecho de asociación de las personas homosexuales al negarles que hagan uso de dichas figuras para desarrollar su plan de vida. La unión en pareja, en sentido general, debe entenderse como la voluntad lícita de dos seres humanos de convivir y hacer un proyecto de vida común, en la que no hay distinciones de sexo y cuyos efectos jurídicos son la consecuencia del reconocimiento de

los derechos de asociación, dignidad humana, igualdad y libre desarrollo de la personalidad; perspectiva esta desde la cual se debe indagar si existe o no justificación para el trato diferenciado que se da a las parejas homosexuales en la actualidad.

- *Características de la “pareja” como forma asociativa.* La pareja tiene características comunes que pueden predicarse sin tener en cuenta la forma como se integre. (i) La libre voluntad de conformarla, dos personas deciden conformar una pareja, independientemente de su orientación sexual, lo hacen en forma libre. (ii) Perseguir fines lícitos, el homosexualismo no es un delito. (iii) La convergencia en una organización unitaria; la pareja homosexual conforma una organización unitaria y (iv) El libre ingreso y salida, cualquier persona en una relación homosexual puede dar por terminada esta cuando a bien lo tenga. Teniendo en cuenta que los elementos que define una pareja en forma asociativa están presentes en las parejas heterosexuales así como en las parejas homosexuales se pregunta ¿cuál es la diferencia objetiva y razonable que permita darles un trato diferencial?

Reconocer que las personas homosexuales son iguales, libres, dignas y a su vez seguir restringiendo sus derechos fundamentales es falto de *sindéresis*, toda vez que la dignidad y la igualdad son derechos fundamentales que se deben reconocer en forma íntegra pues se es o no se es igual y se es o no se es digno; no puede catalogarse a una persona como medianamente igual o medianamente digna.

2.2.3.4. Las normas demandadas implican una violación al principio de interpretación “pro homine” y al bloque de constitucionalidad.

Manifiesta el demandante que el artículo 2 de la ley 294 de 1996 que desarrolla el artículo 42 de la Constitución incorpora una norma que, como ya vimos, admite dos interpretaciones, ambas respecto de la protección o desprotección de las parejas del mismo sexo. No es oportuno recurrir a la interpretación “originaria” que se ha hecho de la disposición contenida en el artículo 42 de la Carta. Por el contrario, es importante realizar la interpretación a la luz de los principios constitucionales y los derechos fundamentales contenidos en el artículo 1, 2, 13, 38 de la Constitución Política y por lo tanto la Corte Constitucional debe acoger la interpretación que ampare los derechos de las parejas del mismo sexo declarando la inconstitucionalidad de las normas parcialmente demandadas.

- *Acorde con el desarrollo de la figura del bloque de constitucionalidad, el ordenamiento interno debe respetar los lineamientos fijados por los órganos de control de este tipo de tratados y tribunales internacionales, cuyas recomendaciones e interpretaciones hacen parte del bloque estricto de constitucionalidad.* La normatividad internacional referida a la discriminación por razón del sexo y su consagración en la declaración americana de los derechos y deberes del hombre y en el pacto internacional de

derechos civiles y políticos, la determinan como una conducta contraria a los derechos humanos. Esta normatividad debe inspirar y guiar a todo aquel que vaya a interpretar las disposiciones contenidas en la Constitución.

- *El poder construir una familia es un derecho humano universal reconocido por la declaración americana de los derechos humanos y deberes del hombre en su artículo 6 al consagrar que toda persona tiene derechos a constituir una familia y a recibir protección de ella, sin consideración alguna a la necesidad de una pareja o a la heterosexualidad de la persona, que encuentra apoyo en la apertura semántica del artículo 42 de la Constitución.* Se indica por parte del demandante, que haciendo una interpretación sistemática y coherente de la Constitución junto con el bloque de constitucionalidad bajo el principio de interpretación pro homine se llega a la conclusión de que se debe proteger el derecho fundamental de toda persona a tener una familia, cualquiera que sea el tipo de familia que se trate, y a edificar esta institución sobre la base de los principios de solidaridad, respeto, afecto y confianza. No resulta acorde con la Carta, negar la posibilidad de conformar una familia a los ciudadanos por su orientación sexual. Dicha interpretación carece de validez en Colombia ante la existencia de la Constitución de 1991. Las normas acusadas, se convierten entonces en inconstitucionales toda vez que la Constitución dice a las personas homosexuales que tiene los mismo derechos que cualquier otro ciudadano y a su vez, el ordenamiento jurídico le niega la posibilidad de realizarse en forma sentimental, afectiva, personal y familiar con su pareja por el hecho de pertenecer a un mismo sexo, criterio sospechoso de discriminación, si citar ninguna razón objetiva y razonable que justifique tal limitación a los derechos fundamentales.

- *Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Se afirma por el actor que el espíritu de la declaración reconoce la plenitud de derechos a las personas homosexuales como una cuestión de respeto, pluralismo, tolerancia. Nada puede oponerse en una Estado Constitucional de Derecho entre la dignidad y el valor de la persona humana, hombre o mujer, homosexual o heterosexual, y el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del ser humano. No es posible afirmar simultáneamente, que Colombia es un estado pluralista respetuoso de la dignidad humanar, que prohíbe de manera absoluta cualquier discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional, familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica o cualquier otra condición social y en el que toda persona tiene derecho a constituir familia elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección de ella; y a reglón seguido se diga que una familia solo puede ser conformada por un hombre y una mujer, excluyendo cualquier otra posibilidad y desconociendo el carácter dinámico que posee la sociedad.

2.2.3.5. Las normas demandadas conllevan una desprotección de los derechos e intereses superiores de los (las) menores.

Indica el actor que si bien la posibilidad de permitir la adopción a las parejas del mismo sexo no es una de las pretensiones de la demanda, aunque deviene como consecuencia necesaria de las posibilidad de celebrar contrato civil de matrimonio, debemos reconocer que uno de los grandes obstáculos que ha existido para que las parejas del mismo sexo puedan acudir al contrato civil de matrimonio como forma asociativa y se puedan constituir como una familia ha sido el hecho de permitirles adoptar hijos. Estos argumentos, fundados en el deseo de evitar la homosexualidad a toda costa, deben ser rechazados de plano.

- *Actualmente las parejas homosexuales adoptan hijos.* Acorde con el código de la infancia y la adolescencia, para adoptar solo se exige que siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

- *Los derechos de los menores deben primar sobre cualquier otro derecho que resulte contrario por expreso mandato de la Constitución Política. La adopción es un derecho a favor de ellos y no de los padres, es decir, se debe defender el derecho a ser adoptado y no el derecho a adoptar.*

3. Intervenciones.

3.1. Intervenciones a favor de las normas demandadas.

3.1.1. La *Academia Colombiana de Jurisprudencia* participó en el proceso mediante uno de sus miembros,⁴ para solicitar a la Corte que se declaré inhibida,⁵ o en su defecto declare exequibles las normas acusadas. En su concepto, la demanda plantea la siguiente cuestión: “*¿si se modifica el alcance del artículo 2° de la Ley 294 de 1996, para que se entienda que también pueden contraer matrimonio entre sí las parejas del mismo sexo, se estaría modificando al mismo tiempo el texto del art. 42 de la Constitución? ¿Se puede modificar la Constitución mediante una acción de inexecutableidad?*” Al respecto sostiene: “*Las respuestas a primera vista son negativas. // En Colombia, [...] será posible declarar inexecutable una norma constitucional, pero demandándola directamente y no a través de la demanda de una ley que sea desarrollo de la norma que podría impugnarse.*” Para el interviniente, las parejas de personas del mismo sexo y las parejas de personas de sexo diferentes son sencillamente incomparables, por lo que no hay violación alguna al principio de igualdad si se les trata de forma distinta, no es una discriminación. Finalmente, advierte que la verdadera petición de la demanda, es propiciar la adopción para el tipo de parejas en cuestión.

⁴ El abogado Carlos Fradique Méndez.

⁵ Dice al respecto la intervención: “Al revisar el texto de las demandas se echa de menos el enunciado de razones por las cuales se violan cada una de las normas citadas y solo hay manifestaciones aisladas, conceptos subjetivos con los que se pretende llevar a la conclusión de que las parejas del mismo sexo pueden celebrar matrimonio entre sí.” Expediente, cuaderno principal, folio 145.

3.1.2. La *Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana* participó en el proceso por medio de uno de sus profesores, para solicitar a la Corte Constitucional desestimar las demandas y declarar exequibles, sin condicionamientos, las normas acusadas. Para la intervención, los demandantes cometen el grave error al pretender que se regulen igual situaciones que, a su juicio, son absolutamente disímiles, no son comparables entre sí. Para el interviniente, el matrimonio responde al orden natural de las cosas, por ello, antes que ser inconstitucionales las normas acusadas, en realidad, desarrollan la concepción de familia y de matrimonio contenido en el artículo 42 de la Constitución Política.⁶ A su parecer la demanda parte de una grave confusión, comparar lo incomparable. Al respecto, señala lo siguiente,

“Las dos demandas presentadas ante la Honorable Corte Constitucional confunden lamentablemente dos situaciones sensiblemente diversas, pretendiendo que el régimen jurídico de una de ellas se extienda a la otra.

Buena parte de la controversia que se ha venido adelantando en el país y el exterior sobre las uniones homosexuales parte de la misma confusión, en tanto pretende dar a una unión cualquiera, en la cual se presenta intercambio sexual y vida en común, el mismo tratamiento con que el régimen jurídico durante siglos ha protegido a la institución propiamente matrimonial. Es clásica la definición de Ulpiano sobre matrimonio, válida todavía en los tiempos que corren: ‘*consortium omnis vitae*’ que marca la estabilidad de la unión matrimonial, a la cual se añade luego una consideración más del jurista latino, señalando que esta unión, necesariamente entre un hombre y una mujer, tiene algo de lo humano y algo de lo divino. [...]

Estos criterios (el de matrimonio y el de familia) responden a un uso inveterado de las respectivas expresiones, que se ha aquilatado con el paso de los siglos. [...] La palabra matrimonio, de la misma manera que aquella de familia, siempre han designado, en nuestra lengua y en otras, unas instituciones paralelas, conformadas por la unión estable de un hombre y una mujer, unión que se prolonga y se consolida, normalmente a través de los hijos comunes. Este paralelismo entre las dos expresiones no es óbice para que debamos reconocer que puede constituirse y de hecho así sucede con frecuencia, una familia al margen del matrimonio, pero para que pueda predicarse la primera se requiere esa ‘voluntad responsable’ que exige el artículo 42 de la Carta, voluntad que emparenta con un criterio de estabilidad y, frecuentemente, con la apertura hacia los hijos.

Dentro de las ideas anteriores, el suscrito estima que otra clase de uniones, primeramente aquella meramente transitorias, más guiadas por la libido que por el cariño y por la entrega recíproca de las

⁶ El profesor Álvaro Mendoza Ramírez.

vidas respectivas, de la misma manera que las convivencias homosexuales, deben tener un tratamiento jurídico diferente, sin que sea dable su asimilación al matrimonio, ni tampoco al criterio de familia.

[...]

Con las ideas anteriormente expuestas [...] no [se] pretende repudiar la unión homosexual, sino simplemente pedir para ella un marco jurídico distinto del propio matrimonio. Este, como ocurre igualmente con el criterio de familia, está generalmente enderezado a la procreación o, al menos, a la posibilidad de ella. [...]"⁷

De acuerdo con las propias palabras de la intervención, el matrimonio es una institución que encuentra sustento en el ‘orden natural’.⁸

3.1.3. La *Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia* participó en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Luego de analizar parte de las opiniones y conceptos de la doctrina tradicional acerca de la familia y el matrimonio, de analizar algunas normas internacionales, y de hacer referencia a alguno de los estudios sobre la materia, de los cuales recalcó la incertidumbre que científicamente persiste al respecto,⁹ señaló al respecto:

“De la comparación de las normas demandadas con la Constitución Nacional se tiene que ambas normas guardan perfecta concordancia con el artículo 42 de las misma, ninguna es discordante con sus disposiciones, es más, el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 es una reproducción parcial de la disposición constitucional, de donde se tiene que las dos deben declararse constitucionales, ahora bien, puede suceder que la Corte estime dar interpretación condicionada a los artículos mencionados como ha sucedido en varias sentencias sobre el tema, declarando exequible la norma en el sentido de interpretarse que las expresiones comprenden a parejas del mismo sexo, considero que ello no es posible en este caso por cuanto la expedición de un fallo modulativo que conceda a las parejas homosexuales los mismos derechos del matrimonio no es permitido, porque la norma es clara, no presenta dificultades interpretativas e iría contra la normatividad constitucional, resultando así una violación por parte del mayor tribunal

⁷ Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, profesor Álvaro Mendoza Ramírez. Expediente, cuaderno principal, folio 177.

⁸ Dice al respecto la intervención de la Universidad de la Sabana: “Existe en esta materia un orden natural, propio del matrimonio y de la familia, que no podemos asimilar al que corresponde a las uniones homosexuales, sin que esta última realidad social deba ser repudiada, sino apenas tratada dentro de sus particulares características, sin buscar un proceso de asimilación.” Expediente, cuaderno principal, folio 177.

⁹ Al respecto dijo la intervención: “De los diferentes estudios e investigaciones que se han adelantado para determinar las causas o factores por los cuales se produce la homosexualidad se concluye en general que hasta la fecha, no se han determinado con certeza las mismas y por el contrario es un debate que sigue abierto, [...]" Expediente, primer segundo cuaderno de intervenciones, folio 20.

Constitucional cuya principal función es precisamente la guarda e integridad de la Constitución Nacional.

Así mismo no se puede aplicar el principio *pro homine* por cuanto como se anotó con anterioridad, las disposiciones son claras y están en perfecta concordancia con el texto constitucional, además porque en sí mismas, no vulneran ninguno de los derechos de las personas homosexuales, que se estiman violados por los demandantes.”¹⁰

3.1.4. *La Conferencia Episcopal de Colombia*¹¹ participó en el proceso, por medio del Obispo Auxiliar de Bucaramanga y Secretario General de la Conferencia Episcopal, para solicitar a la Corte Constitucional que no acepte las peticiones de los demandantes y declare constitucionales las normas acusadas. En su intervención sostiene lo siguiente: “*El punto central de la discusión no es la discriminación o no discriminación de las personas homosexuales. No se puede hablar de discriminación o no discriminación cuando nuestra Constitución, las leyes vigentes y la jurisprudencia de la Corte reconocen a los homosexuales la totalidad de los derechos de que disfrutaban todos los demás ciudadanos por igual. Estos derechos son suyos en cuanto personas no en virtud de su orientación sexual. || El reconocimiento de esas uniones como matrimonio va contra el bienestar público y de forma particular contra el equilibrio y el desarrollo afectivo de nuestros hijos. Las personas homosexuales deben ser respetadas y protegidas como personas pero su estilo de vida no debe ser propuesto a los niños como una inocua opción de vida. || Que un homosexual se queje de discriminación porque no le dejan casarse con alguien del mismo sexo es como si un polígamo se queja de discriminación porque no le dejan casarse con varias mujeres, o un promiscuo con varios y varias a la vez. No hay discriminación: la ley es igual para todos y la sociedad tiene un modelo de matrimonio y familia que ha demostrado su eficacia durante siglos.*” Para la Conferencia Episcopal “[el] hecho de que existan matrimonios y familias que no responden a su identidad no significa que esta institución pierda su validez, por el contrario, este hecho se convierte en un desafío para buscar la mejor manera de conformar matrimonios y familias que les permitan a los individuos realizarse como personas y dar un buen aporte a la sociedad. Permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la adopción de niños por parte de éstas es atentar contra las familias y supone un grave daño a los niños y a la sociedad entera.”¹²

Para la Conferencia Episcopal de Colombia, el matrimonio es una “*institución natural, tan antigua como la humanidad que tiene su origen en la propia vida humana.*”¹³ Considera que la importancia del matrimonio entre un varón y

¹⁰ Expediente, segundo cuaderno de intervenciones, folio 26.

¹¹ La Conferencia Episcopal de Colombia es una Institución canónicamente erigida por la Santa Sede, que goza de personería jurídica en el ordenamiento eclesiástico.

¹² Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 39.

¹³ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 32.

una mujer es tal, que “[...] *difícilmente se pueden encontrar razones sociales más poderosas que las que obligan al Estado a su reconocimiento, tutela y promoción. Se trata, en efecto, de una institución más primordial que el Estado mismo, inscrita en la naturaleza de la persona como ser social. La historia universal lo confirma: ninguna sociedad ha dado las relaciones homosexuales el reconocimiento jurídico de la institución matrimonial.*”¹⁴ Por tanto, concluye la intervención al respecto, “[...] *las expresiones demandadas no vulneran el principio de igualdad ni son discriminatorias por el hecho de que el legislador conceda toda la importancia y valor a la institución familiar originaria y al matrimonio heterosexual, pues son realidades jurídicamente distintas a las llamadas ‘uniones de parejas del mismo sexo’.*”

3.1.5. El *Ministerio del Interior y de Justicia*, mediante apoderado, participó en el proceso de la referencia para pedir que se declaren constitucionales las normas demandadas. Fundándose en la sentencia C-814 de 2001, el Ministerio sostuvo que los cargos no son de recibo pues la Constitución protege mediante el matrimonio a la familia y, a su parecer, toda familia es heterosexual. Dice el Ministerio: “[...] *no existe dentro del ordenamiento Constitucional una forma de familia que no sea heterosexual. Así, las modalidades de familia contempladas en la Constitución, a saber, por matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, parten del concepto de familia heterosexual y monogámica, lo que significa que, para el caso de la conformada mediante matrimonio, sólo queda protegida constitucionalmente si el mismo se realiza entre un hombre y una mujer e, igualmente, si se constituye mediante la voluntad responsable de conformarla, sólo está protegida constitucionalmente si dicha voluntad es expresada por un hombre y una mujer.*”¹⁵

3.1.6. El *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*, ICBF, participó en el proceso mediante apoderado, para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Considera que no hay violación alguna de los derechos de las parejas del mismo sexo, porque se trata de situaciones distintas que pueden ser tratadas de forma diferente. Dice el ICBF al respecto,

“[...] no constituye como lo entienden los demandantes un acto de discriminación contra la igualdad, la estructuración de un concepto de la familia desde la Constitución (art. 42, CP), cuando en realidad, de lo que se trata es de una configuración social, a partir de una célula social, de características especiales, de personas que se encuentran en una situación de hecho distinta, de manera que la diferencia justifica, sin que sea un de discriminación inadmisibles en un Estado Social de Derecho, en el marco de una racionalidad, informada por los contenidos expuestos de la Carta, el establecimiento de la posibilidad, como en la gran mayoría de los países del mundo, que la familia y el matrimonio de donde deriva, se constituyen a partir de una pareja heterosexual.”

¹⁴ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 32.

¹⁵ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 219.

3.1.7. El Director del *Departamento Administrativo Nacional de Estadística*, DANE, participó mediante apoderado para defender la constitucionalidad de las normas. A su parecer, el artículo 42 de la Constitución, así como las normas legales que definen el matrimonio y fueron demandadas, no hacen otra cosa que reconocer y defender el ordenamiento natural y religioso existente. Dijo al respecto el DANE:

“[...] el matrimonio es una institución tan antigua como el hombre mismo, no hay etapa del desarrollo de la humanidad en el que no haya existido dicho acto. La enseñanza de la Iglesia, sobre el matrimonio y la complementariedad de los sexos demuestran una verdad puesta en evidencia por la razón y reconocida como tal por todas las grandes culturas del mundo. El matrimonio no es una unión cualquiera entre personas humanas, es una unión entre parejas heterosexuales.

La verdad natural, sobre el matrimonio ha sido confirmada por las sagradas escrituras consignadas en las narraciones bíblicas de la creación, expresión también de la sabiduría humana originaria, en la que se deja escuchar la voz de la naturaleza misma. Según el libro del Génesis, tres (3) son las razones o bases fundamentales del Creador sobre el matrimonio, según el libro citado.

Primera razón: el hombre, a imagen de Dios, ha sido creado ‘varón y hembra’. El hombre y la mujer son iguales en cuantas personas frente a la Constitución y la ley y complementarios en cuanto varón y hembra.

Segunda razón: La sexualidad, forma parte de la esfera biológica, es la única forma de preservar a la especie humana sustentada en valores.

Tercera razón: La criatura humana – hombre y mujer, ha sido elevada en la criatura humana a un nuevo nivel, personal, donde se unen en cuerpo y espíritu en busca de la esencia de la verdadera familia, a través del matrimonio sea la forma ritual que sea – religioso y/o civil.”¹⁶

3.1.8. La *Comisión de Derechos Humanos y Audiencias del Senado de la República*, participó en el proceso, por medio de su Presidente,¹⁷ para defender la constitucionalidad de las normas. A su juicio no es posible admitir los argumentos de las partes, por las siguientes razones:

“La unión de dos personas del mismo sexo, no puede considerarse como proyecto de vida, puesto que el ser humano proyecta vida de dos maneras: una, de manera objetiva o material y, la otra de manera espiritual. Veamos: de manera material u objetiva, si dos

¹⁶ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 263.

¹⁷ El Senador Víctor Velásquez Reyes.

hombres proyecta [*sic*] el don precioso de la vida y vemos que dos hombres no se reproducen porque no procrean, no proyectan la especie humana, porque no son complemento. Dos mujeres, aunque poseen los órganos especiales que contemplan y son útiles para la procreación. No los pueden poner en ejecución o desarrollo por no ser complementarios y por tanto, no proyectan la vida humana. Ahora veamos si proyectan vida espiritual. En la época de la Roma Imperial de Nerón el Jurista más connotado, Saulo de Tarso, en una de sus misivas a uno de los pueblos que visitaba les dijo: ‘los borrachos como los homosexuales no entran al reino de los cielos’. Ergo no proyectan vida espiritual.

La Carta Política de Colombia establece en el preámbulo unos valores y principios que no pueden desconocer ningún servidor público de un lado, y, de otro, hace una invocación a Dios, lo que implica que, bajo los ordenamientos divinos y si atendemos a la conformación del matrimonio este es entre un hombre y una mujer, al tenor del Génesis, cuando anota que, el ‘hombre dejará a padre y madre y se irá con su mujer y serán una sola carne’, o cuando expresa en el episodio del arca de Noé que, ‘por parejas, macho y hembra’, definiciones que coinciden con lo prescrito en la Constitución, en el artículo 42 y con las definiciones gramaticales que de las voces, matrimonio y pareja ofrece el diccionario.

Por último, es necesario decir, que, no se discrimina al negarse que, comportamientos como el que se pretendan conformar familia, porque, como van las cosas, *habría que garantizar también los derechos de las personas que tienen relaciones zoófilas o necrófilas, porque éstos están también ejerciendo el derecho al libre desarrollo de su personalidad.*”¹⁸

3.1.9. El ciudadano Germán Puyana García participó en el proceso para defender la constitucionalidad de las normas acusadas. Sustentó su posición mediante manuscrito inédito que remitió a la Corte de un libro denominado *La Homosexualidad en el Hombre*, el cual dedica el capítulo XIII a las bodas entre hombre, el capítulo XIV al ‘modelo *gay* vs. La familia’ y el capítulo XV a la adopción de niños por las parejas *gay*.¹⁹

3.1.10. Sesentaiséis (66) fieles de la Iglesia Evangélica Bautista de Itagüí participaron en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de las normas. De acuerdo con su intervención, el grave problema son los niños y las niñas, que necesitan personas con parejas con un género definido para poder identificarse. Luego de presentar las posiciones de miembros de la organización estadounidense *Asociación Nacional para la Investigación y la Terapia de la Homosexualidad*,²⁰ sostiene lo siguiente, “[...] *la importancia del género en el desarrollo es vital. No diremos con esto que las familias*

¹⁸ Expediente, cuaderno principal, folio 435.

¹⁹ Expediente, cuaderno principal, folio 552.

²⁰ Esta organización considera que la homosexualidad es una enfermedad psicológica tratable.

*tradicionales han sido funcionales y que han asumido bien sus roles y funciones. [...] el matrimonio entre personas del mismo sexo se podrá formalizar el día en que se borren las fronteras psicológicas entre hombres y mujeres, estudiadas y avaladas por centenares de años, lo cual parece imposible. Queremos declarar la complementariedad física y psíquica humana. Si legalmente se pretende asignar a un niño un papá con cuerpo de mujer y un rol femenino en cuerpo de hombre deberemos decir que dicha pretensión produciría daños psicológicos y sociales serios e inmensurables social y psicológicamente. No debe ignorarse al conocimiento de los expertos de la naturaleza humana, así ya no se considere la homosexualidad como una 'patología' psicológica.”*²¹ Los intervinientes plantean, siguiendo al Director de un centro cristiano estadounidense para la rehabilitar personas de orientación sexual diversa,²² ocho problemas que se siguen de permitir el matrimonio de parejas de personas del mismo sexo, a saber, “1. *El matrimonio gay redefine radicalmente el significado de matrimonio; 2. El matrimonio gay devalúa las diferencias de género en las relaciones humanas; 3. El matrimonio gay devalúa la monogamia; 4. El matrimonio gay se basa en un entendimiento falso de la homosexualidad; 5. El matrimonio gay convierte a sus oponentes en racistas; 6. El matrimonio gay anima e incrementa el comportamiento homosexual; 7. El matrimonio gay abre la puerta a otro tipo de matrimonios; 8. El matrimonio gay desata una pesadilla jurídica mundial.*” Finalmente, citan algunos artículos de la Constitución Política, en especial el 42 y 44, que a su juicio demuestran que las normas legales acusadas no la violan. Posteriormente doscientos cuarenta y siete fieles (247) más firmaron una participación adicional en los mismos términos.

3.1.11 Los ciudadanos Ana Beatriz Medina Álvarez y Manuel Ricardo Lombo Carrasquilla, en sus calidades de Psiquiatra de niños la primera y Cardiólogo el segundo, participaron en el presente proceso para defender la constitucionalidad de las normas. Aportaron una extensa bibliografía en la cual, señalan, se demuestra que el mejor entorno para criar a los niños es el de las familias heterosexuales monogámicas, además del hecho de que la condición de homosexualidad es en sí misma un trastorno que genera trastornos adicionales.

3.1.12. Varios ciudadanos participaron en el presente proceso para solicitar que se nieguen las pretensiones de las demandas y se declare la exequibilidad de las normas acusadas. Tal es el caso de Aurelio Ignacio Cadavid López, Mario Cely Q., Carlos Eduardo Hernández Hernández, Juan Guillermo Durán Mantilla, Jorge Isaac Rodelo Menco,²³ los Pastores Ricardo y María Patricia Rodríguez, Yilmar Tafur Ramírez, María Andrea Anzola Linares, Myriam del Socorro Morales Garcés.

²¹ Expediente, cuaderno principal, folio 639.

²² El Pastor Andy Comiskey

²³ Este ciudadano solicitó específicamente a la Corte Constitucional, declararse “[...] impedida para reformar nuestra Constitución Política en la pretensión demandada de los llamados homosexuales.” Expediente, cuaderno principal, folio 622.

3.1.13. La Corte Constitucional también recibió 77 comunicaciones breves, en su mayoría correos electrónicos, en los que cada ciudadano manifestaba su rechazo a la demanda y solicitaba que se declarara constitucional. La mayoría de éstos no contemplan argumentos jurídicos sino manifestaciones e invocaciones de carácter religioso.

3.2. Intervenciones en contra de las normas demandadas.

3.2.1. El *Departamento de Sociología, de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia* participó en el proceso, mediante concepto de una profesora, para solicitar que se acepten los cargos de la demanda. Su intervención expuso (i) la relación entre la organización social y el derecho, (ii) el carácter social de la familia, la sexualidad y el matrimonio, y (iii) la familia y el matrimonio como instituciones importantes pero no únicas en la esfera del cuidado.²⁴

3.2.2. La *Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia* participó en el proceso por medio de su Decano, para apoyar las demandas de la referencia. En su criterio, le asiste la razón a los demandantes, pues considera que “[...] *la Constitución permite que el matrimonio se pueda celebrar entre personas del mismo o distinto sexo, con toda plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera sea su conformación.*”²⁵ En su criterio, la Corte Constitucional debería declarar exequibles las normas y hacer una sentencia integradora o exhortar al Congreso a que regule la cuestión adecuadamente.

3.2.3. La corporación *Colombia Diversa* participó mediante una extensa intervención con la que apoyo las demandas. El escrito presentado se divide en cinco grandes secciones.²⁶ La primera de ellas está dedicada a establecer por qué el juicio de constitucionalidad que debe hacer la Corte Constitucional, debe ser estricto. La segunda parte se ocupa de indicar porque la medida no persigue un fin constitucionalmente legítimo e imperioso, tanto frente a la protección a la familia, al interés superior del menor, como a la existencia de un régimen de protección para las parejas del mismo sexo. La tercera sección de la intervención se ocupa de analizar el trato diferente como un medio que no es ni adecuado ni necesario para proteger a la familia, ni al interés superior del niño. La cuarta parte se dedica a probar porque esta medida, además de lo dicho, es desproporcionada constitucionalmente. Finalmente, la quinta parte presenta la conclusión general de su intervención y la solicitud concreta a la Corte, a saber, declarar la constitucionalidad de las normas acusadas, en el entendido que el matrimonio también incluye a las parejas del mismo sexo y que declare inconstitucional la expresión ‘procrear’ del artículo 113 del Código Civil. *Colombia Diversa* remitió una segunda intervención

²⁴ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 288.

²⁵ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 277.

²⁶ Expediente, cuaderno principal, folio 197 y siguientes.

complementando y aportando más argumentos.²⁷

3.2.4. Un miembro del Comité Legal de la Corporación Colombia Diversa, presentó el *amicus curiae* elaborado por la Asociación del Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York (*Association of the Bar of the city of New York*).²⁸ Luego de hacer un recuento de cómo ha sido en los Estados Unidos la discusión respecto de los matrimonios de personas del mismo sexo, concluye lo siguiente: “En la mayor parte de los Estados analizados [...], cuyas disposiciones sobre protección igualitaria son esencialmente similares a las de la Constitución colombiana, los tribunales de mayor instancia reconocen que la denegación del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales ofende las nociones tradicionales de protección igualitaria ante la ley. Los argumentos habituales en contra del matrimonio homosexual, como la protección del matrimonio heterosexual o de la ‘institución’ del matrimonio, o bien la protección de los niños al impedir que sus padres contraigan matrimonio, no han superado la revisión de la mayor parte de los tribunales de alta instancia que han analizado esta cuestión en el plano estatal.” Por lo tanto, solicitan que la Corte declare que las disposiciones legales acusadas violan el principio de igualdad al excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo.”

3.2.5. Un grupo de 29 profesores de distintos países, entre ellos una ciudadana colombiana y profesora de la *Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes*, presentó un *amicus curiae*, en el cual muestran la situación internacional y nacional, de cada uno de sus países con relación a la cuestión.²⁹ El texto se divide en tres partes. En la primera de ellas se ocupa de sostener por qué internacionalmente la orientación sexual se ha consolidado como un criterio ‘sospechoso’ de discriminación, por lo que su evaluación demanda escrutinios estrictos. En segundo lugar, se muestra que la tendencia histórica en las sociedades democráticas se orienta a dar un trato igual a las

²⁷ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 118 y siguientes. esta fue presentada por Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva, y por Catalina Lleras Cruz, Mauricio Noguera y Mauricio Albarracín, abogados de la Corporación.

²⁸ La Asociación es una de las organizaciones de profesionales más antiguas e importantes de Estados Unidos, fundada en 1870 para mejorar la administración de la justicia, promover el estado de derecho y elevar los niveles de integridad, honor y cortesía de la profesión jurídica.

²⁹ Los profesores son: Tamara Adrian Hernández (Universidad Central de Venezuela), Mads Andenæs (Universidad de Oslo, Noruega), Susanne Baer (Universidad de Humboldt, Berlín), Nicholas Bamfoth (Universidad de Oxford, UK), Dimitri Bartenev (Universidad de St. Petesburgo, Rusia), Francesco Bilotta (Universidad de Udine, Italia), Paola Bergallo (Universidad de San Andrés, Argentina); Daniel Borillo (Universidad de París X, Francia), Chiu Man-Chung (Universidad de Hong Kong Shue Yan, China), Jorge Contesse (Universidad Diego Portales, Chile), David B. Cruz (Universidad de *Southern California*, USA), Olivier de Schutter (Universidad Católica de Lovaina, Bélgica), Pierre de Vos (Universidad del Cabo Occidental, Sudáfrica), Akiko Ejma (Universidad de Meiji, Japón), William N. Eskridge Jr. (Universidad de Yale, USA), Roberto Gargarella (Universidad Torcuato di Tella, Argentina), Aeyal Gross (Universidad de Tel-Aviv, Israel), Laurence R. Helfer (Universidad de Vanderbilt, USA), Ved Kumari (Universidad de Delhi, India), Kathleen Lahey (Queen’s University, Canada), José Reinaldo de Lima (Universidad de São Pablo, Brasil), Jenni Millbank (Universidad de Tecnología, Australia), Leonardo Raznovich (Universidad Christ Church, UK), Carlos Villagrasa (Universidad de Barcelona, España), Kees Waaldij (Universidad de Leiden, Holanda), Robert Wintemute (Kings College London, UK), Kenji Yoshino (Universidad de Nueva York, UK), Hans Ytterberg (Defensor contra la Discriminación por Razones de Orientación Sexual, Suecia) y Julieta Lemaitre Ripoll (Universidad de Los Andes, Colombia).

parejas de distinto sexo y a las del mismo sexo, no en sentido contrario. Finalmente, advierte que siete tribunales supremos (o equivalentes) ya han establecido que la exclusión de parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio civil constituye un caso de discriminación inconstitucional (Ontario, British Columbia, y Massachusetts en 2003, Sudáfrica en 2005, California y Connecticut en 2008 y Iowa en 2009). Para la intervención la Corte “[...] *debería declarar que la exclusión de parejas del mismo sexo del acceso al matrimonio civil es discriminatoria y viola la Constitución de Colombia. [...] || La Corte Constitucional de Colombia al interpretar el principio de igualdad ante la ley, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad previstos por la Constitución Colombiana debería advertir que las opciones parecen dos: la Corte Constitucional sigue el ejemplo de países o estados de las democracias occidentales, que son líderes en la área de protección constitucional contra la discriminación (incluso la discriminación basada en la orientación sexual) o bien sigue los ejemplos de países que niegan a dos hombres o dos mujeres el derecho a casarse. Somos conscientes de que esta Corte enfrentará críticas al principio³⁰ pero su coraje al reconocer que la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio civil es inconstitucional sería, en última instancia, honrada en Colombia, en el resto de los países latinoamericanos y en todas las partes del mundo a las que Colombia pertenece cultural e históricamente.*”

3.2.6. La Coordinadora del *Semillero en jurisprudencia y activismo constitucional, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santander, UDES*, participó en el proceso para apoyar las demandas. La intervención se ocupa de indicar Primero, la opción del matrimonio, es parte del derecho a construir una familia, amparada por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Segundo, la interpretación de la Constitución como un sistema coherente y el principio *pro homine*, llevan a interpretar el artículo 42 de la Constitución Política, de la forma en que mejor garantice la protección de los derechos de las personas. Tercero, la omisión del legislador frente a la regulación de nuevas realidades sociales, y la desprotección que ello representa. Cuarto, la coherencia de proteger el derecho al matrimonio con relación a otros derechos protegidos mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional a las parejas homosexuales. Se reconocen el avance en materia de protección jurisprudencial a las parejas homosexuales en la jurisprudencia de la Corte, y al reconocimiento de una realidad que debe ser regulada. Quinto, establece que la distinción de trato carece de una base objetiva y razonable y que, en tal medida, se trata de una discriminación.³¹

3.2.7. El Coordinador del *Programa de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín*, participó en el

³⁰ En 1968, el año posterior a *Loving v Virginia*, 388 US 1 (1967), falló que puso fin a las leyes que prohibían el matrimonio interracial, el 73% respondió que desaprobaba el matrimonio entre negros y blancos; en 2007 sólo respondió así el 17%. [<http://www.gallup.com/poll/19033/most-americans-approve-interracial-dating.aspx>]

³¹ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 2.

presente proceso para solicitarle a la Corte que admita los cargos presentados por la demanda. A su juicio, se trata de una “[...] *oprobiosa limitación a la autonomía de la voluntad que se está imponiendo desde la propia actuación estatal al entender que el matrimonio es una institución reservada para sus ciudadanos heterosexuales. Imposible no concluir que se está coartando su capacidad negocial, cuyos límites han quedado plenamente definidos en la ley 1306 de 2009, y la homosexualidad no aparece en ninguno de sus artículos. Imposible igualmente no decir que hay una injerencia injustificada de lo que canónicamente se considera matrimonio sobre lo que en un Estado Social y Democrático de Derecho debe ser: el reconocimiento que hace la Nación – que no sólo su gobierno–, al compromiso que dos personas contractualmente adquieren para vivir juntas, auxiliarse y, sólo si así lo deciden y pueden hacerlo, procrear.*”³² A su juicio, la Corte Constitucional tiene en sus manos la oportunidad “[...] de hacer historia, para hacerse partícipes de un cambio que viene dándose lenta pero contundentemente alrededor del mundo. [...]”³³

3.2.8. El Centro de Estudios de Derecho y Justicia, *DeJusticia*, participó en el proceso para apoyar las demandas de la referencia, por medio de un concepto firmado por varios de sus miembros. Primero, sostuvo que la definición de la procreación como uno de los fines del matrimonio vulnera los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar. Luego se refiere al precedente judicial aplicable al presente caso y, en tercer lugar, advierte que las parejas heterosexuales y las homosexuales se encuentran en una situación asimilable en lo que respecta a los requerimientos de protección que sólo pueden ser satisfechos con el contrato de matrimonio. Posteriormente se refiere a la interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, para luego, analizar el caso a partir de un juicio estricto de proporcionalidad. Para *DeJusticia*, en tanto la definición de la procreación como finalidad del matrimonio vulnera los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad de las personas que deciden contraer matrimonio, y especialmente de la mujer, estima que la expresión ‘de procrear’ contenida en el artículo 113 del CC debe ser declarada inexecutable. Igualmente considera que el trato diferenciado que se deriva del artículo 113 del CC “[...] *en cuanto impide que las parejas constituidas por personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil, vulnera los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales, razón por la cual consideramos que la expresión ‘un hombre y una mujer’ contenida en el artículo acusado también debe ser declarada inexecutable o, en su defecto, se debe condicionar su executibilidad bajo el entendido de que la misma no impide que una pareja constituida por personas del mismo sexo celebren el contrato de matrimonio.*”³⁴

3.2.9. La organización *Women’s Link* participó en el proceso para apoyar las

³² Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 16.

³³ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 18.

³⁴ Expediente, segundo cuaderno de intervenciones, folio 109.

demandas.³⁵ La intervención sostiene que “[...] *el derecho internacional de los derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, ha dado amplio reconocimiento a la necesidad de eliminar la discriminación con base en la orientación sexual de las personas en los diferentes ámbitos de la vida social, incluyendo la capacidad de contraer matrimonio y conformar una familia. Siendo el principio de igualdad y no discriminación, de aplicación universal (ius cogens), se hace fundamental que la Corte Constitucional elimine la discriminación contra las parejas del mismo sexo en las disposiciones enunciadas en las demandas e interprete el texto constitucional acorde a los principios de derecho internacional de los derechos humanos.*”³⁶

3.2.10. El Coordinador de la *Línea de Investigación de Estudios Africanos de la Universidad Externado de Colombia* junto con dos asistentes de investigación, participaron para apoyar las pretensiones de la demanda. En su intervención, presentan el desarrollo constitucional y político reciente de Sudáfrica, por considerar que puede ser ilustrativo para Colombia. Sostienen que “[...] *una muestra del éxito de políticas de igualdad (en Sudáfrica) está ejemplificada en casos constitucionales. Una de las mayores causas de discriminación era frente a temas concernientes a razones de sexo y por preferencias sexuales, temas que han logrado alcanzar su resolución aún en casos complejos, utilizando técnicas de sentencias constitucionales utilizadas por la Corte Constitucional Italiana. Un ejemplo es el fallo de 17 de marzo de 2003, donde se abre el camino para los matrimonios entre homosexuales, resultado de una demanda de inconstitucionalidad de la jueza Kathy Satchell, que buscaba el reconocimiento de su pareja del mismo sexo a los mismos derechos que una esposa en un matrimonio heterosexual frente a la Ley de Remuneraciones y Condiciones de Trabajo de los Jueces y de las Juezas.*” A su juicio, el caso sudafricano es claro: “*no puede pretenderse el progreso social y la identidad nacional segregando a una parte de la población y negando derechos inherentes a todas las personas, y por ello la importancia del elemento de reconciliación nacional a través de la no discriminación. Si bien las diferencias entre el régimen del apartheid y la discriminación que sufren las parejas del mismo sexo en Colombia son evidentes, tienen un fundamento en común: no concebir al otro como igual; igualdad que emana de la dignidad inherente a todo individuo de la especie humana y que aparecen consagradas en forma expresa en ambas constituciones al concebir nuestros Estados como pluralistas; esto es, donde todas las culturas y formas de buena vida de sus ciudadanos son dignas de reconocimiento y protección.*”³⁷

3.2.11. El ciudadano Fabián Andrés Hernández Ospina participó en su calidad de filósofo y teólogo, para apoyar la demanda, haciendo algunas precisiones con relación a la perspectiva religiosa. Citando un aparte del Concilio

³⁵ El escrito fue presentado por la abogada Andrea Parra.

³⁶ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 29.

³⁷ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 63.

Vaticano II,³⁸ el interviniente señala que “[...] *los fieles deben discernir en forma cuidadosa la independencia que existe entre los derechos y deberes sociales y los de tipo religioso; como miembros de una sociedad humana, todos tenemos unos derechos que son inherentes por el simple hecho de existir en ella, y es misión y deber de cada uno de los fieles cristianos y de los individuos que pertenecemos a esta sociedad, distinguir entre estos dos tipos de derechos, religiosos y civiles, con el fin de hacer valer unos y otros en forma independiente para evitar que las creencias religiosas de los individuos puedan menoscabar los derechos civiles de ninguna persona.*”³⁹ A su juicio, “[...] *no es posible que se quiera usar un texto que, como la Biblia, fue hecho únicamente con el fin de brindar elementos del tipo religioso sacándolo de su respectivo contexto para hacer nugatorios derechos civiles de las personas con orientación sexual diversa a la heterosexual.* [...]”⁴⁰

3.2.12. El decano de la *Facultad de Derecho de la Universidad de Santander, UDES*, participó en el proceso para apoyar las demandas y solicitar que se acepten las peticiones en ellas presentadas. Luego de resaltar la importancia que tiene el avance jurisprudencial sobre la protección de las parejas del mismo sexo “[...] *y la preponderancia de la Corte Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la dificultad de proteger estos derechos ante otras ramas del poder público. Los avances en materia de jurisprudencia permiten esperar que la Corte mantenga una posición coherente con sus precedentes en el sentido que reclaman los accionantes. La Corte Constitucional ha consolidado una importante doctrina en torno a la obligatoriedad de los precedentes para los jueces de tutela, y para ella misma, razón por la cual es acertado mantener la línea de decisión que protege los derechos de las parejas del mismo sexo.*”⁴¹

3.2.13. La *Comisión Colombiana de Juristas*, por medio de la Coordinadora de Promoción y Debates, y una abogada de promoción y debates, participaron en el proceso para apoyar las demandas de la referencia. Luego de referirse a la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de protección a personas del mismo sexo, hizo referencia al caso *X contra Colombia*, decisión en la que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas concluyó que Colombia violó el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al negar la petición de sustitución pensional argumentando que esta sólo era aplicable a parejas heterosexuales.⁴²

3.2.14. El ciudadano David Andrés Ayala Usma, intervino en su calidad de biólogo, para apoyar la demanda, haciendo algunos comentarios de carácter científico. La intervención considera que se deben hacer precisiones desde la

³⁸ Concilio Vaticano II, *Lumen Gentium* (LG.) 36. “Conforme lo exige la misma economía de la salvación, los fieles aprendan a distinguir con cuidado los derechos y deberes que les conciernen por su pertenencia a la iglesia y los que les competen en cuanto miembros de la sociedad humana.”

³⁹ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 79.

⁴⁰ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 83.

⁴¹ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 348.

⁴² Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 112.

perspectiva biológica, teniendo en cuenta que varias personas a lo largo del presente proceso judicial, han afirmado que permitir el matrimonio de personas del mismo sexo violaría el orden natural. Sustenta que ello no sería así, en los siguientes términos

“[...] ¿qué tan válida es esta afirmación? ¿Se está violando realmente el orden natural del mundo aceptando la existencia de la homosexualidad? La respuesta en ambos casos es negativa.

La diversidad sexual es un conjunto de conductas que se pueden observar en más de 400 especies animales como moscas, libélulas, pulpos, aves, reptiles, anfibios y mamíferos entre otros, estas conductas incluyen el coito, el cortejo, el establecimiento de uniones temporales y permanentes y la crianza de su prole; todo esto entre animales del mismo sexo. Se presentan también casos de transgenerismo como en peces y ranas, principalmente como una estrategia reproductiva y como respuesta a fenómenos ambientales.⁴³

El conocimiento acerca de los comportamientos homosexuales de animales ‘primitivos’ se basa casi exclusivamente en el coito y es evidenciable en el caso de las libélulas, que asumen conductas iguales a las que se observan entre individuos heterosexuales en cortejo y cópula.⁴⁴ Se ha observado igualmente que en polillas y otros insectos componentes de feromonas claves en la atracción heterosexual simplemente no tienen mayor importancia,⁴⁵ lo que podría sugerir la influencia de factores mucho más complejos en esta interacción.

Estudios orientados al comportamiento de aves muestran que es frecuente encontrar nidos en los cuales dos hembras crían descendencia juntas (fertilizándose previamente con machos libres) mediante el establecimiento de una convivencia semejante a las parejas ‘heterosexuales’, favoreciendo de esta manera el éxito reproductivo reflejado en una camada más grande; tal es el caso de las gaviotas occidentales y de Delaware.⁴⁶ Se pueden observar estos lazos ‘familiares’ también en los gansos comunes pero entre machos, aumentando su territorio de protección y favoreciendo la probabilidad de supervivencia de crías adoptadas por la pareja,⁴⁷ un caso homólogo a ese se puede observar en el zoológico de

⁴³ BAGEMIHL, B. *Biological Exuberance: Animal Homosexuality and Natural Diversity*. New York: St. Martin's Press, 1999. DRISCOLL, E. (2008) Bisexual species. *Scientific American Mind* 19: 68-73.

⁴⁴ UTZERI, C. & BELFIORE, C. (1990) Tandem anomali fra Odonati (Odonata). *Fragmenta Entomologica*. 22: 271-287.

⁴⁵ BENZ, G. (1993) Role of sex pheromone, and its insignificance for heterosexual and homosexual behavior of larch bud moth. *Cellular and molecular life sciences* 29: 553-554

⁴⁶ PIEROTTI, R.J. (1991) *Male and female parental roles in the western gull under different environmental conditions*, *Auk* 18: 532-549. CONOVER, M.R. (1989) *Parental care by male-female and female-female pairs of ring-billed gulls*. *Colonial Waterbirds*. 12: 148-151.

⁴⁷ DRISCOLL, E. (2008) Bisexual species. *Scientific American Mind* 19: 68-73. HUBER, R. & MARYS, M. (1993) Male-Male pairs in greylag geese. *Journal of Ornithology*. 134: 155-164.

Bremerhaven donde dos pingüinos han ‘adoptado’ y criado un polluelo con total éxito.⁴⁸

Dentro de los mamíferos la homo y bisexualidad se ve de un modo mucho más marcado, ya que muchos de los actos aceptados dentro de la etiología como conductas sexuales se puede observar de manera similar en humanos, este es el caso de los delfines, las ballenas, las focas, lagartos y los leones asiáticos, que son capaces de efectuar cortejos, cópula y establecimiento de relaciones que, dependiendo la especie, pueden ser monógamas o polígamas.⁴⁹

Tal vez los casos más estudiados e interesantes desde la perspectiva humana son aquellos animales cercanos evolutivamente a nuestra especie, se resalta en especial el bonobo (*pan paniscus*) un homínido pariente del chimpancé cuyas conformaciones sociales y relaciones entre individuos están basadas en los encuentros de carácter sexual como estrategia de apaciguamiento y disfrute, convirtiéndolos en una especie con individuos que se pueden considerar totalmente bisexuales. Es ampliamente discutido que una de las principales implicaciones evolutivas de la bisexualidad en el bonobo sea evitar al máximo la agresividad de los individuos con el fin de mantener una población estable y duradera.⁵⁰ Comportamientos similares al del bonobo se presentan aunque en menor medida en los chimpancés (*pan troglodytes*).^{51,52}

El ciudadano aclara el sentido de su intervención en los siguientes términos: “[...] *En ningún momento es la intención [...] exigir la aceptación de la diversidad sexual únicamente porque sucede con otras especies animales (siendo esto un interesante punto de discusión en materia de derechos humanos), sino refutar con argumentos de carácter científico y literatura especializada una de las principales razones que se han esbozado para impedir el avance social en los últimos tiempos, imponiendo un modelo de sociedad matrimonio y familia perfeccionista basado en prejuicios morales, acordes con la opinión social predominante en el país, nugatorios del buen*

⁴⁸ Male penguins raise adopted chick. BBC news.

[<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8081829.stm>]

⁴⁹ RIEDMAN, M.L. & Le BOEUF, B.J. (1982) Mother-pup separation and adoption in northern elephant seals. *Behavioral ecology and sociobiology* 11: 203-215. WÜRSIG, B.J., GUERRERO, J. & SILBER, G. (1993) Social and sexual behavior of bowhead whales in fall in the western arctic: A re-examination of seasonal trends. *Marine mammal science* 9: 103-11. BROWN, D.H. & NORRIS, K.S. (1956) Observations of captive and wild cetaceans. *Journal of mammalogy*. 37: 311-326. CHAVAN, S.A. (1981) Observation of homosexual behavior in asiatic lion penthera leo pérsica. *Journal of the Bombay Natural History Society* 78: 363-364. NOBLE, GK. & BRADLEY, HT. (1933) The mating behavior of lizards; its bearing on the theory of sexual selection. *Annals of the New York Academy of sciences*. 35: 25-100.

⁵⁰ DRISCOLL, E. (2008) Bisexual species. *Scientific American Mind* 19: 68-73. BLOUNT, B.G. (1990) Issues in bonobo (*pan paniscus*) sexual behavior. *American anthropologist* 92: 702-714. PARISH, A.R. (1996) Female relationships in bonobos (*pan paniscus*): evidence for bondig, cooperation and female dominance in a male-philopatric species. *Human nature*. 7: 61-96. KANO, T. (1990) The bonobos’ peceable kingdom. *Natural history*. 99: 62-71.

⁵¹ KORLANDT, A. (1962) Chimpanzees in the wild. *Scientific American*. 206: 128-138. NISHIDA, T. (1997) Sexual behavior of the adult male chimpanzees of the Mahale mountains national park, Tanzania. *Primates*. 38: 379-398

⁵² Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 86.

proyecto de vida de las personas que no encajen en dicho modelo.”⁵³

3.2.15. La organización ciudadana *Polo de Rosa* participó dentro del proceso, para respaldar las demandas presentadas. A su juicio las normas acusadas deben ser leídas en clave constitucional, no en clave canónica. Sostiene que redefinir el concepto de matrimonio es simplemente urgente, “[...] *redefinirlo con base en el derecho constitucional, como ya se ha dicho, pero también redefinirlo a partir de la realidad social que comporta la existencia de fenómenos que han superado o desbordado los anacrónicos continentes legales, para lo cual es preciso advertir desde ya que ni es de la esencia del matrimonio la procreación ni tampoco le resulta esencial la diferencia de sexos.* [...]”⁵⁴

3.2.16. El *Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario*, por medio de dos de sus miembros, participa en el proceso para respaldar las demandas de la referencia. A su parecer, “[...] *mientras los homosexuales no gocen del derecho a contraer matrimonio y formar una familia, por el solo hecho de su orientación sexual, serán ciudadanos de segunda y objeto de discriminación directa por parte de un sistema jurídico que esconde y no da respuesta a las necesidades naturales de aquellos que quieren fundar un hogar con la persona de su mismo sexo.*”⁵⁵

3.2.17. La Asociación Probienestar de la Familia Colombiana, *Profamilia*, representada por su Directora Ejecutiva, participó en el proceso de la referencia para aportar elementos de juicio a la Corte Constitucional para tomar su decisión. A su parecer, las parejas de personas del mismo sexo son una realidad que requiere atención constitucional; además considera que el concepto de familia ha venido evolucionando y cambiando durante los últimos años notoriamente. La imagen según la cual el núcleo de la sociedad son las familias monogámicas heterosexuales simplemente no coincide con la realidad del país.

3.2.18. Un grupo de 24 Congresistas de diferentes partidos políticos, tanto Representantes a la Cámara como Senadores de la República, participaron en el presente proceso para solicitarle a la Corte que acepte las pretensiones de las demandas. En su intervención los Congresistas sostuvieron lo siguiente,

“Al pertenecer a diferentes partidos políticos y en nuestra calidad de representantes de diversos sectores de la sociedad colombiana, hemos apoyado en el congreso los Proyectos de Ley que han tratado de reconocer derechos a las parejas del mismo sexo. No obstante, a pesar de ser claro el mandato constitucional del artículo 13 y extender su protección a ‘todas las personas’, categoría dentro de la cual se incluyen las personas homosexuales y demás

⁵³ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 87.

⁵⁴ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 116.

⁵⁵ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 152.

integrantes de la población LGBT, quienes obramos conforme a él somos una minoría en el Congreso.

Somos respetuosos y reconocemos la autonomía de la honorable Corte Constitucional. Sin embargo, la experiencia nos ha demostrado que en la Rama Legislativa del poder público las mayorías no han reconocido o van a reconocer sus derechos a la minoría LGTB, toda vez que en el debate parlamentario han primado y primarán los argumentos de conveniencia política, religiosa y moral antes que la discusión jurídica y científica que un tema de tal importancia merece. Por ello, queremos intervenir coadyuvando la demanda siendo conocedores del erudito carácter contramayoritario y respetuoso de los derechos, las libertades individuales y garantías fundamentales que ha demostrado la Corte Constitucional.

Estamos seguros que las normas demandadas no superarán un test estricto de proporcionalidad y un juicio de igualdad, los cuales solicitamos muy respetuosamente sean aplicados en el análisis de constitucionalidad que se realice, por cuanto establecen limitaciones fundadas en un criterio sospechoso de diferenciación como lo es la orientación sexual, que persiguen exclusivamente la defensa de un principio moral, acorde con la opinión preeminente, que vulnera el derecho a la autonomía de los sujetos cuyo legítimo plan de vida no está en consonancia con los proyectos vitales aceptados por la generalidad de los ciudadanos.”⁵⁶

Para los Congresistas, el reconocimiento del matrimonio a las parejas del mismo sexo es una cuestión de dignidad, igualdad y pluralismo, que permite superar la irrazonable restricción establecida en el Código Civil, una norma del siglo XIX.

3.2.19. La *Secretaría de Integración Social del Distrito de Bogotá*, pidió a la Corte acceder a las peticiones incluidas en las demandas. Luego de hacer referencia al bloque de constitucionalidad y a la reciente jurisprudencia constitucional sobre protección de los derechos de las parejas del mismo sexo, la intervención establece que las normas violan los derechos a la dignidad, a la igualdad, a la asociación y a fundar una familia. La Secretaría advierte que la política de respeto a la población LGTBI requiere que la jurisprudencia constitucional avance en la protección de las familias conformadas por parejas de personas del mismo sexo, para poderles asegurar a éstas un adecuada protección integral de sus derechos. Sostiene que “[no] *visibilizar la conformación de familias integradas por personas con identidades de género y orientaciones sexuales no normativas, dándoles una condición de ilegalidad, legitima diferentes tipos de violencia y abuso, lo que aboca a las instituciones a una serie de dificultades para abordar e intervenir situaciones particulares.* || *La violencia intrafamiliar comúnmente es abordada desde*

⁵⁶ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 193.

una perspectiva meramente heterosexual, lo cual limita su comprensión, abordaje y tratamiento. Esto impide llevar a cabo un registro, seguimiento y monitoreo real de la situación de violencia enfrentada por personas homosexuales y transgénero, que se nombran y autodeterminan como familias.”

3.2.20. En sentido similar se manifestó la *Secretaría Planeación del Distrito de Bogotá*, que participó por medio de la Subsecretaria de Mujer, Géneros y Diversidad Sexual, para apoyar las demandas de la referencia.⁵⁷

3.2.21. La *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI* participó en el proceso, por medio de una profesora, para apoyar las demandas de la referencia. La intervención sostiene que si se tienen en cuenta los cambios sociales que han ocurrido, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional reciente en materias similares, es claro que las normas acusadas desconocen los derechos de las parejas de personas del mismo sexo.⁵⁸

3.2.22. El *Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana*, remitió un concepto de los profesores Juan Pablo Vera, Mauricio Caviedes, Andrés García, Ana María Medina y Socorro Vásquez (Directora del Departamento). Luego de sostener que la familia no es una institución natural, sino una construcción social, dice la intervención:

“La antropología contemporánea coincide en que no existe un modelo universal de familia o de vida familiar. Las investigaciones recientes muestran que el modelo de familia es resultado de las formas particulares de organización social de cada sociedad y su esencia no es la procreación.

En los estudios más clásicos los investigadores señalaban que los hechos biológicos elementales, como la existencia de dos sexos y su papel en la procreación no son determinantes para la formulación de teorías sobre la vida familiar (Malinowski, la vida sexual de los salvajes). En la actualidad ninguna investigación en el tema admitiría que la llamada ‘familia nuclear’, conformada por dos adultos de sexos opuestos y sus hijos, sea el elemento mínimo o básico de la sociedad. La realidad de las sociedades contemporáneas muestra que la diversidad de los modelos de familia se extiende por todo el mundo.

[...] la antropología considera que la familia es construida y definida por cada sociedad, sobre las bases de la dinámica social, de los acuerdos entre los individuos que hacen parte de esas sociedades. Una sociedad construida sobre la tolerancia, el respeto de los derechos individuales y el reconocimiento de la diversidad,

⁵⁷ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 305.

⁵⁸ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 354.

debe entonces reconocer la construcción de diferentes modelos de familia y, por lo tanto, diferentes formas de matrimonio.

Los hallazgos de la antropología están en consonancia con la exigencia del reconocimiento al patrimonio homosexual y la confirmación de familias a partir de un matrimonio homosexual. También están en consonancia con el derecho de la parejas homosexuales a la adopción.”⁵⁹

Según la intervención, formalizar las uniones de parejas del mismo sexo permite el reconocimiento y el acceso a derechos de formas de matrimonio, de familia y de compañía “[...] *que están presentes en las prácticas sociales, pero que definen como ilegítimas, debido a tal modelo hegemónico de familia que se manifiesta de forma naturalizada en las conciencias de las personas, en las instituciones y en la normatividad oficial.* || *Formalizar dichas uniones representaría una manera de reconocer unos vínculos sociales y fundamentales que existen y definen la cotidianidad de muchas personas en Colombia. También sería una forma de expandir el principio de ciudadanía, permitiendo el acceso a derechos, a la libertad, a la seguridad y a la felicidad de muchas personas cuya elección difiere de la norma heterosexual. Pese a que tales uniones cuestionan varias creencias, también es posible pensar que las alianzas matrimoniales de personas del mismo sexo reproducen esquemas parentales heterosexuales que imponen formas únicas de pareja, de amor y de convivencia.*”⁶⁰

3.2.23. El ciudadano Domingo Ospina Villamarín participó dentro del proceso para apoyar las demandas de la referencia y protestar por el hecho de que un funcionario como el Director del DANE interviniera en un proceso público de constitucionalidad con argumentos religiosos. Pero señaló que era probable que no se hubiese podido dar más información porque el DANE carece de la misma. Al respecto dijo el ciudadano,

“[...] el DANE realiza el censo de población y encuestas de hogares con el objeto de disponer de información oportuna confiable e integrada sobre el volumen de la población y los hogares [...] Igualmente, sus mediciones estadísticas abarcan las investigaciones de género donde se categorizan o caracterizan las fuentes según sean hombres o mujer, la pertenencia étnica, la edad, el nivel de ingresos o la escolaridad, entre otros, pero no pregunta por las inclinaciones sexuales de los encuestados y en tal medida, el DANE no cuenta con estadísticas que permitan caracterizar a la población según su orientación sexual, circunstancias que no le permitirían un pronunciamiento técnico ni jurídico en la controversia planteada en la demanda de la referencia.”⁶¹

⁵⁹ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 371.

⁶⁰ Expediente, primer cuaderno de intervenciones, folio 375.

⁶¹ Expediente, cuaderno principal, folio 463.

3.2.25. El Director y dos miembros del *Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de Los Andes*, participó en el proceso de la referencia para apoyar las demandas. El objeto de la intervención, es mostrar que “[...] *luego de un riguroso análisis comparativo entre el matrimonio entre las parejas de las misma raza y las parejas del mismo sexo, se evidencia que ambos tipos de uniones se han enfrentado a los mismos argumentos de censura y prohibición.* [...]” En tal sentido señalan,

“Las relaciones de parejas interraciales y del mismo sexo han enfrentado argumentos y tácticas semejantes que han sido desarrolladas para oponerse a la aceptación de su derecho civil a casarse a partir de supuestos morales. Los que en su época se oponían a los matrimonios interraciales, al igual que los que se oponen al matrimonio de parejas del mismo sexo hoy, citaban la religión y la ley natural como fundamentos para deslegitimar la aceptación de esas relaciones.⁶² Asimismo, estos opositores también suelen apelar al status quo o a lo que denominaban ‘tradicición’ para soportar la posición a partir de la cual las cosas no deben cambiar en la institución del matrimonio. En su época se alegaba que los matrimonios eran y debían seguir siendo entre blancos y negros sin mezclarse, hoy, se alega que los matrimonios son y deben seguir siendo exclusivamente entre hombres y mujeres.”

3.2.26. La psicóloga Carolina Herrera Samall participó en el proceso para defender las demandas, con base en su experiencia laboral con población LGTB.

3.2.27. Varios ciudadanos participaron durante el proceso para apoyar las demandas de la referencia y a sus argumentos, bien fuera sólo reiterándolos o también ampliándolos. Ellos fueron Carlos Armando Franco Leguizamó, Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados, Camilo Andrés García Tobías, Lydia Pamela Támara Pinto, Manuel Mauricio Meza Sanabria, Ada Victoria Morales Botero, Richard Tovar Cárdenas, Néstor Osuna Patiño, Diego González Medina, Mauricio Arroyave del Río y Néstor Darío Preciado Sánchez.

3.3. Participación de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

El Representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, participó en el presente proceso, a solicitud de uno de los demandantes, para exponer algunos de los

⁶² Quienes se oponían al matrimonio interracial esgrimían entre sus argumentos que el matrimonio es una institución creada por Dios reconocida en todas las civilizaciones cristianas. Los opositores decía que: “Dios todopoderoso creó las razas blanca, negra, amarilla, malaya y roja, y los puso en continentes separados. El hecho que Dios haya separado las razas muestra su intención de evitar la mezcla” (Corte Suprema de Georgia, Estados Unidos, Sentencia *Scott. v. Georgia*, 1869). En 1871 un Tribunal del Estado de Tennessee basó su oposición al matrimonio interracial en el viejo testamento (Corte Suprema de Tennessee, Estados Unidos, Sentencia *Lonas v. State*, 1871).

parámetros internacionales sobre la cuestión. Luego de indicar que no existe una definición o un concepto de familia unívoco, por cuanto éste varía de Estado a Estado, e incluso al interior de un propio Estado, señala que un Estado no viola el derecho internacional si no concede el matrimonio de parejas del mismo sexo, pero a la vez, advierte que tampoco se viola si sí se reconoce. Finalmente, luego de contar algunos de los referentes y casos internacionales notables, la intervención señala que a la Corte le corresponde evaluar la razonabilidad de dicho trato diferente.

4. Concepto de la Procuraduría General de la Nación⁶³

Se solicita a esta Corporación que se declare inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 o y que declare exequibles las expresiones del artículo 113 del Código Civil acusadas.

4.1. En primer lugar, solicita el Procurador que la Corte se inhiba de conocer de fondo el cargo en contra del artículo 2° de la Ley 294 de 1996. A su juicio, la demanda no presenta argumentos suficientes para ser conocidos y analizados en sede de constitucionalidad.

4.2. Para el Ministerio Público los contenidos normativos del artículo 42 superior no “[...] sólo establecen parámetros específicos de regulación para la institución del matrimonio por parte del Legislador, sino que esos presupuestos superiores le otorgan identidad constitucional al matrimonio, porque, de alguna manera, regulan en sus rasgos esenciales esta figura jurídica. Por esta razón, la Corte Constitucional ha de velar por la protección e integridad de esos presupuestos y características que establece la Carta Política en relación con el matrimonio.”

4.3. A su juicio, uno de esos contenidos mínimos que la regulación debe reconocer de acuerdo con la Constitución, es que el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer por definición. Tal es la institución contemplada en la constitución. Al respecto señaló en su concepto,

“La diferenciación sexual que se da entre los cónyuges resulta, por tanto, una cuestión esencial al matrimonio y tiene como fundamento que la dimensión sexuada pertenece a la totalidad de la persona. La entrega de esta dimensión personalísima que se hace a través del pacto conyugal consiste en constituir al otro (persona varón) o a la otra (persona mujer) en copartícipe de esa dimensión. Así, ese acto de donación en principio es un acto de amor que tiene relevancia jurídica en el pacto matrimonial y constituye esa específica unión que es el matrimonio. El matrimonio es, entonces, unión, vínculo o relación que afecta a todas las dimensiones de los cónyuges: La corpórea, la afectiva, la social y la espiritual y

⁶³ Concepto No 4876

también, como ha sido puesto de presente, a su dimensión biográfica.

El matrimonio es, por tanto, una unión sexual cuya característica es la dimensión sexual de la persona varón y la persona mujer. El matrimonio, en efecto, se funda en la dimensión sexual de la persona humana, porque la mujer y el varón, cada uno, son portadores de una humanidad completa. La distinción sexual no es, por tanto, meramente biológica, sino que es psíquica, espiritual y corporal, pues afecta a toda la persona, sea varón o mujer, dado que uno y otra son portadores de una misma humanidad.

Así, la diversidad sexual entre el varón y la mujer no se reduce al ejercicio de unos roles o pautas de carácter cultural o social, sino que es previa al actuar, pues afecta al mismo ser personal. Así, esa afectación radical bien puede calificarse como natural, en el entendido de que la distinción sexual es natural, aunque también se manifiesta culturalmente. Reconocer carácter natural a la sexualidad es, de igual modo, aceptar que ésta tiene un carácter dinámico, porque la naturaleza es principio de operación y en cuanto tal expresa potencialidades, como son las tendencias unitivas y procreativas que se dan entre el varón y la mujer.

[...]

el Procurador General de la Nación considera —con el respeto debido a los pronunciamientos de la Corte Constitucional— que no sólo por lo regulado por la legislación civil ni por lo defendido en la doctrina sobre el matrimonio puede defenderse la tesis de que el requisito de la diferenciación sexual sea esencial al matrimonio, sino que ese requisito tiene carácter constitucional y se deriva —para hacer uso de las propias palabras de la Corte Constitucional en la ya citada Sentencia C-821 de 2005— de 'los contenidos normativos del artículo 42 superior que establecen parámetros específicos de regulación para la institución del matrimonio». En efecto, éste es uno —también son palabras de esa Corporación que hace suyas el Jefe del Ministerio Público— de los «presupuestos superiores que orientan la institución familiar».

Ésta, por lo demás, es la tesis que la misma Corte Constitucional adoptó mediante Sentencia C-814 de 2001 al decidir una acción pública de inconstitucionalidad respecto a prohibición de la adopción en las parejas homosexuales y en la que expuso en detalle el *iter* del inciso primero del artículo 42 constitucional.”

4.4. Ahora bien, dado lo anterior, el Procurador considera que las normas acusadas no desconocen la Constitución sino que, por el contrario, la siguen y reiteran. Dijo al respecto, el concepto,

“Con respecto a las normas demandadas y en general con relación al matrimonio, el criterio objetivo, constitucional y justo es que la sexualidad de las personas es relevante para definir en el ordenamiento superior el matrimonio. La diferencia de trato entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales para contraer matrimonio no es, por tanto, discriminatoria, dado que existe un imperativo constitucional de dar, en relación con el matrimonio y la familia, un tratamiento diferenciado a unas y a otras parejas.

En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido que las parejas convivientes del mismo sexo pueden constituir uniones maritales de hecho cuando hagan una comunidad de vida permanente y singular. Este reconocimiento, sin embargo, no ha significado identificar las uniones maritales heterosexuales y las uniones maritales homosexuales, así como tampoco ha implicado identificar las uniones maritales con el matrimonio.

Si, por tanto, no existe un criterio de sospecha ni un notable déficit de protección no es procedente el juicio de proporcionalidad estricto porque existe el imperativo constitucional de dar un tratamiento diferente —no injusto ni discriminatorio— a las parejas homosexuales y a las parejas heterosexuales, dado que respecto de las primeras no se configura el presupuesto para la existencia del matrimonio.

[...]

Frente a la igualdad ante la ley, esta Vista Fiscal no advierte una aplicación de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de personas. De igual forma, tampoco se aplican de manera distinta las normas internacionales que regulan el derecho a contraer matrimonio, las cuales reconocen a los hombres y las mujeres el derecho a contraer matrimonio.

Respecto a la igualdad de trato, en cambio, se advierte un criterio diferenciador que, en el caso del matrimonio, dice relación a la exigencia de la heterosexualidad. Sin embargo, esta diferencia de trato respecto a las personas homosexuales y a las parejas convivientes del mismo sexo es razonable en razón de la identidad constitucional del matrimonio, que exige de manera imperativa que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer.

En este sentido, bien puede decirse que la distinción o diferenciación en el trato obedece a razones de justicia, porque tiene como causa una diferencia real que afecta al fundamento y a la razón del derecho o del deber, respecto de la cual se establece esa distinción de trato.

Ha sido, precisamente, con base en la igualdad de protección, que se traduce en el hecho de que el Estado promoverá «las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor

de grupos discriminados o marginados» (inciso segundo, artículo 13 constitucional), que la Corte Constitucional ha reconocido los derechos de las personas homosexuales en su condición de personas o como integrantes de parejas convivientes del mismo sexo que constituyan una «comunidad de vida permanente y singular».

[...]

De esta forma, puede concluirse que el criterio de la sexualidad como principio de razón suficiente y principio de justicia sólo se configura en el matrimonio y en la familia. Fuera de esas dos instituciones, en cambio, los derechos y deberes no admiten modalidad por el sexo y si se establece ésta como principio de diferenciación se incurre en una discriminación injusta. Éste es, precisamente, el alcance del artículo 43 constitucional que reconoce que «[e]l hombre y la mujer tienen iguales derechos y oportunidades».

En este sentido, esta Jefatura considera relevante reiterar que el derecho de contraer matrimonio no es equivalente al derecho de ser reconocido como pareja para obtener efectos jurídicos diversos, como por ejemplo, los de carácter patrimonial.

Desde esta misma perspectiva, las normas impugnadas no generan una desigualdad respecto a las personas homosexuales o a las parejas convivientes del mismo sexo, pues, como se ha resaltado en este concepto, esas normas no sólo no se refieren a las personas o parejas homosexuales, sino que además reiteran lo expresado por la Carta Política y por el derecho internacional de los derechos humanos respecto al matrimonio y la familia.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir la constitucionalidad de las normas legales, como las disposiciones demandadas, con base en el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política.

2. Normas, cargo y problema de constitucionalidad.

2.1. Contexto Normativo.

El artículo 113 acusado hace parte del libro Primero del Código Civil referente a las “Personas”, específicamente del título IV que versa sobre el “matrimonio”. Dicho título 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, determina la manera en que se constituye y perfecciona, la capacidad para contraerlo, todo lo relacionado

respecto del matrimonio del menores, la celebración y los testigos, el consentimiento y el contenido más el registro del acta de matrimonio; entre otras. Si bien no es el caso de la norma demandada, varias de las restantes disposiciones de dicho título han sido derogadas o modificadas entre otras por la ley 57 de 1887, la ley 8 de 1992, la ley 25 de 1992 y el Decreto 2820 de 1974. En diferentes providencias la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de las normas de dicho título, entre otras las Sentencias C- 344 de 1993, C-401 de 1999, C- 112 de 2000, C-1264 de 2000.

Por su parte, el artículo 2° demandado hace parte de la ley 294 de 1996 por medio de la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política. Dicha norma constitucional determina que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; ésta 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. La ley 294 de 1996 también contiene normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; el artículo 2° está incluido en el título sobre definiciones y principios generales; y en la disposición acusada se establece la constitución de la familia 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.

2.2. Cargos

Los accionantes dentro del expediente D- 7882 afirman que el artículo 113 del Código Civil vulnera los artículos 13, 16, 93 y 94 de la Constitución y los artículos 7 y 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para tal efecto esgrimen unos argumentos generales al respecto. Por su parte, el accionante dentro del expediente D-7909 señala que el artículo mencionado del Código Civil y además el artículo 2° de la ley 294 de 1996 violan los artículo 1, 2 13 y 38, entre otros, de la Constitución Política.

2.3. Problema Jurídico.

Acorde con lo esbozado, el problema jurídico que se traza en la presente providencia, consiste en determinar ¿Si las contenidos normativos acusados del artículo 113 del Código Civil y el artículo 2° de la ley 294 de 1996 establecen una discriminación a las parejas homosexuales al no permitirles contraer matrimonio?

Debido a la complejidad constitucional del tema, debe la Corte, y de manera previa, establecer si en el presente caso la demanda reúne los requisitos señalados la ley y por la jurisprudencia para activar la competencia de la Corte, para posteriormente, en el evento de que el anterior estudio sea favorable, resolver el problema jurídico planteado.

3. Requisitos para realizar un estudio de constitucionalidad.

3.1. La Corte no puede realizar un control de oficio. Una de las características del control de la Corte es su carácter no oficioso, pues esta Corporación solamente puede actuar en ejercicio de su competencia en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Constitución. Está fuera del alcance de la Corte tratar de reconducir el alegato del accionante hasta lograr estructurar un cargo dotado de la suficiente idoneidad para provocar un pronunciamiento de fondo. En otras palabras, no puede la Corte Constitucional reelaborar, transformar, confeccionar o construir los planteamientos esbozados en la demanda con el propósito de que cumplan con los requisitos mínimos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que la misma Corte se pronuncie de fondo; por cuanto podría estar actuando como parte interesada y juez. De ahí, que la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación hayan sido enfáticas en determinar que si bien debe tener suma importancia el principio *pro actione*, dicha valoración, no puede ir hasta el punto de que la misma Corte estructure o edifique los planteamientos esbozados por el accionante con el propósito de que se instituyan como verdaderos cargos de constitucionalidad⁶⁴. Así las cosas, *“la Corte no puede seleccionar las materias acerca de las cuales va a pronunciarse y menos aún inferir los cargos de inconstitucionalidad o directamente construirlos, so pretexto de la índole popular de la acción o del principio pro actione, dado que, si ese fuera el caso, desbordaría su competencia y sería juez y parte”*⁶⁵.

3.2. Requisitos de las demandas públicas de inconstitucionalidad.

El Decreto 2067 de 1991 tiene origen constitucional. En efecto, el artículo 23 transitorio⁶⁶ de la Constitución de 1991 determinó revestir al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que dictara mediante decreto el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que debieran surtirse ante la Corte Constitucional. Así las cosas, en uso de las facultades constitucionales señaladas, se dicta el Decreto 2067 de 1991 el cual determina en su artículo 2° los requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad. Al respecto se tiene:

ART. 2°—Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.
2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren

⁶⁴ Ver entre otras las Sentencias C-1031 de 2002, C-428 de 2008 y C-689 de 2009.

⁶⁵ Sentencia C-428 de 2008.

⁶⁶ ART. TRANS. 23.—Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los dos meses siguientes a la promulgación de la Constitución dicte mediante decreto, el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

En todo tiempo el Congreso podrá derogar o modificar las normas así establecidas.

Mientras se expide el decreto previsto en el inciso primero, el funcionamiento de la Corte Constitucional y el trámite y despacho de los asuntos a su cargo, se regirán por las normas pertinentes del Decreto 432 de 1969.

infringidas.

3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.

4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.

5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

Las anotadas exigencias son formalidades, relativas al trámite procesal y las actuaciones y juicios, que están señalados en el Decreto 2067 de 1991, y constituyen parámetros a los que debe estar sujeta la Corte Constitucional por ser el desarrollo de los postulados constitucionales.⁶⁷

En este orden de ideas, las exigencias contenidas en el artículo 2° del Decreto 2067 más que requisitos adjetivos – téngase presente que estos son señalados por un decreto de origen constitucional – son parámetros esenciales para activar los requerimientos constitucionales y competenciales en cabeza de la Corte Constitucional. Así pues, quien pretenda hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad (i) debe señalar la norma acusada como inconstitucional, transcribir el contenido de esta o anexar un ejemplar de publicación oficial de la misma, (ii) establecer claramente cuales son las disposiciones o normas constitucionales que estima se vulneran con la norma acusada, (iii) esbozar los razonamientos y argumentos por los cuales considera que las normas acusadas vulneran disposiciones constitucionales, (iv) señalar el trámite requerido por la Constitución y la forma en que fue violentado y (v) los argumentos por los cuales la Corte es competente para conocer del asunto. Estos requisitos son pedidos mínimos, aceptados constitucionalmente, para que cualquier ciudadano pueda hacer uso de la acción de constitucionalidad que tiene carácter público. Estas exiguas exigencias propenden para que la Corte no actúe de oficio sino que lo realice, en materia de control de constitucionalidad, a solicitud del ciudadano; evitando como se ha señalado atrás que se actúe como parte interesada y como juez.

Así las cosas, aunque los dos primeros requisitos solamente requieren del señalamiento de normas (unas violatorias y otras violadas), lo cierto es que el tercer requisito implica una carga argumentativa a través de la cual el demandante exponga los razonamientos, reflexiones, consideraciones y juicios por los cuales las normas constitucionales han sido vulneradas. Precisamente, dichos razonamientos deben demostrar que existe una contradicción entre las normas acusadas y las normas constitucionales. En su función interpretativa de las normas legales respecto de la Constitución, la Corte ha señalado respecto del numeral 3 del artículo 2 del decreto 2067 de 1991, la necesidad de que las demandas de inconstitucionalidad sujetas a estudio, cuenten efectivamente cargos que sustenten la violación de la Constitución. Lo anterior, con el propósito de que esta Corporación pueda efectuar una verdadera confrontación entre la norma acusada, *los argumentos expuestos por el demandante* y la disposición constitucional supuestamente vulnerada.

⁶⁷ Autos de Sala Plena: A-022 A de 1998, A- 018 de 2008, A- A-019 de 2008, A-281 de 2008, A-216 de 2009 , A-274 de 2009; entre otros.

Es este análisis el que le permite a esta Corte, *decidir* – como lo exige el artículo 241 constitucional- el asunto de fondo.

En efecto, la competencia constitucional de la Corte establecida en el artículo 241, implica el ejercicio de *decidir*, entendiendo dicha actividad como el resultado de una discusión constitucional. En este orden de ideas, para que la Corte pueda determinar un resultado a la luz de la norma constitucional que le otorga competencia, es indispensable que se le plantee una discusión constitucional.

Pues bien, no cualquier tipo de argumentación sirve de sustento o soporte a una discusión constitucional. Ciertamente, es necesario que los razonamientos alegados contengan unos parámetros mínimos que puedan llevar a esta Corporación a desconfiar de la constitucionalidad de la norma acusada. Así las cosas, para que la acción pública de inconstitucionalidad sea efectiva como forma de control; los razonamientos en ella expuestos deben contener unos parámetros mínimos con el fin de que no se malogre la posibilidad constitucional de obtener de parte de esta Corporación un fallo de fondo respecto del asunto planteado. Y no por el contrario, que se presente la posibilidad de que la Corte Constitucional se abstenga de pronunciarse sobre el asunto planteado debido a “razonamientos” que no permiten estructurar una discusión constitucional y por ende impidan tomar una *decisión* de fondo.

Así las cosas, esta Corporación ha especificado a través de su jurisprudencia el contenido de los requisitos mínimos señalados por el artículo 2° del Decreto 2067 y ha entendido que los cargos de inconstitucionalidad deben ser *claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes*.⁶⁸

3.2.1. En este orden de ideas se ha venido afirmando que el cargo será *claro* si permite comprender el concepto de violación que se pretende alegar. Para que dicha comprensión se presente por parte del juez de constitucionalidad, (i) no solo es forzoso que la argumentación tenga un hilo conductor, (ii) sino que quien la lea – en este caso la Corte Constitucional- distinga con facilidad las ideas expuestas y que los razonamientos sean sencillamente comprensibles. Igualmente (iii) sería insuficiente señalar que un artículo de una ley vulnera una norma constitucional si el demandante no indica en lo más mínimo por qué considera que la norma legal es inconstitucional. No se está en presencia de un cargo claro cuando (iv) no existe lógica en la exposición de la secuencia argumentativa.⁶⁹

3.2.2. La *certeza* en el cargo se refiere a que (i) éste recaiga sobre una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico, (ii) que ataque la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda; así entonces, (iii) los cargos no pueden inferir consecuencias subjetivas de las disposiciones

⁶⁸ Sentencia C-1052 de 2001, Auto de Sala Plena 032 de 2005.

⁶⁹ Respecto del requisito de claridad, se pueden consultar entre otras las Sentencias C- 540 de 2001, C- 1298 de 2001, C-039 de 2002, C- 831 de 2002, C-537 de 2006, C-140 de 2007.

demandadas, (iv) ni extraer de estas efectos que ellas no contemplan objetivamente. Los cargos serán ciertos si las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del “texto normativo”. (v) Los supuestos, las conjeturas, las presunciones, las sospechas y las creencias la demandante respecto de la norma demandada no podrán constituir un cargo cierto. Tampoco se está en presencia de un cargo cierto si (vi) la transcripción de la norma acusada, por cualquier medio, no es fiel, ni auténtica y ni verificable a partir de la confrontación de su contexto literal. No existe un cargo cierto cuando (vii) se demanda una interpretación de una norma y ésta no es pausable ni se desprende del contenido normativo acusado.⁷⁰

3.2.3. La *especificidad* como parámetro del cargo y razonamiento de la demanda, indica que estos (i) deben mostrar sencillamente una acusación de inconstitucionalidad contra la disposición atacada. Así las cosas, (ii) los cargos de inconstitucionalidad deben relacionarse directamente con la norma demandada y no pueden sustentarse en exposiciones “vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales” que no permitan directamente realizar un juicio de constitucionalidad. En resumen, este parámetro pretende que el cargo realizado (iii) sea efectivamente de inconstitucionalidad y que sus fundamentos sean específicos, determinados, concretos, precisos y particulares en relación a la norma acusada. Exige el requisito de especificidad que (iv) al menos se presente un cargo concreto contra la norma demandada, que permita comprobar la existencia de una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley que se acusa y el texto constitucional que resulta vulnerado.⁷¹

3.2.4. Respecto del requisito de la *pertinencia* del cargo se ha afirmado que debe tener una (i) naturaleza constitucional. Es decir, que (ii) los cargos contrapongan normas de inferior categoría a las normas constitucionales. Por ende, es indispensable que los razonamientos sean del orden constitucional, razón por la cual (iii) no podrán ser aceptados cargos basados en argumentos legales o doctrinarios. De igual manera, no aparejan pertinencia aquellos cargos que pretenden sustentar la inconstitucionalidad de la norma acusada (iv) basado en ejemplos, acaecimientos particulares, hechos personales, vivencias propias, sucesos y ocurrencias reales o imaginarias; en las que supuestamente se aplicó o será aplicada la norma demandada. (v) Tampoco existirá pertinencia si el cargo se fundamente en deseos personales, anhelos sociales del accionante o en el querer del accionante en relación con una política social. Igualmente un cargo es pertinente si (vi) se desprende lógicamente del contenido normativo de la disposición que se acusa.⁷²

⁷⁰ En relación con el requisito de certeza se pueden observar entre otras las Sentencias C- 831 de 2002, C- 170 de 2004, C- 865 de 2004, C-1002 de 2004, C- 1172 de 2004, C-1177 de 2004, C-181 de 2005, C-504 de 2005, C-856 de 2005, C-875 de 2005, C-987 de 2005, C-047 de 2006, C-156 de 2007, C-922 de 2007, C-1009 de 2008, C-1084 de 2008, C-523 de 2009.

⁷¹ El requisito de especificidad ha sido desarrollado por sentencias como la C- 572 de 2004, C-113 de 2005, C- 178 de 2005, C-1192 de 2005, C-278 de 2006,

⁷² En relación al requisito de pertinencia se pueden consultar las sentencia C- 528 de 2003, C-1116 de 2004, C-113 de 2005, C-178 de 2005, C-1009 de 2005, C-1192 de 2005, C-293 de 2008

3.2.5. Finalmente, el cargo es *suficiente* si despierta una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.⁷³

3.3. Carga argumentativa adicional cuando se trata de la supuesta vulneración del derecho de igualdad.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado una carga argumentativa superior por parte del accionante cuando se alega la vulneración del derecho a la igualdad. Así las cosas, el juicio de posible violación del derecho de igualdad exige la carga argumentativa de definir y aplicar tres etapas: (i) determinar cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o *tertium comparationis*), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, (iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual.⁷⁴

Al respecto la Corte ha señalado:

“En cuanto a la correcta estructuración del cargo por violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, la Corte Constitucional ha señalado que el demandante tiene una importante carga argumentativa porque, salvo que se trate de la utilización de los denominados “criterios sospechosos de discriminación” a que hace referencia esa regla superior, el legislador goza de amplio margen de configuración normativa del principio de igualdad. Por esa razón, al demandante corresponde definir los sujetos de comparación, el término de comparación que se emplea para ejercer el control de constitucionalidad y debe establecer suficientes razones para concluir que el trato jurídico previsto en la ley repugna con la Constitución. (...)”⁷⁵

Por consiguiente, la carga argumentativa debe tener un alto grado de precisión, en aquellos casos donde se pregone la vulneración del derecho de igualdad. Dicha precisión repercute de manera directa en la *suficiencia* del cargo. Esta exigencia lo que busca proteger en últimas es la libertad de configuración legislativa que solo se vería inicialmente menguada cuando se este en presencia de “*criterios sospechosos de discriminación*”.⁷⁶ En consecuencia, para poder demostrar el exceso del legislador en uso de su libertad es

⁷³ La suficiencia como requisito se puede consultar en las sentencias : C- 865 de 2004, C-1009 de 2008, C-1194 de 2005,

⁷⁴ Al respecto se pueden observar entre otras, las Sentencias C-487 de 2009, C-862 de 2008, C-576 de 2004, T-430 de 2006, C-939 de 2006, C-532 de 2000, T-338/03, T-430/06, A-132 de 2008,

⁷⁵ Sentencia C-487 de 2009.

⁷⁶ Sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; entre otras.

indispensable “*demostrar cómo, en un caso específico, una regulación diversa constituye realmente una trasgresión de principios constitucionales como la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la proscripción de la arbitrariedad. En otras palabras, las demandas de inconstitucionalidad fundadas en la supuesta vulneración del principio de igualdad deben demostrar que al regular un aspecto puntual de la realidad jurídica, el legislador actuó de manera desproporcionada, irrazonable o decididamente discriminatoria, pues de conformidad con el análisis que de ello haga el actor, diseñó un tratamiento diverso para situaciones fácticas que requerían una regulación similar*”⁷⁷

4. Caso Concreto.

Corresponde a la Corte Constitucional, con base en los presupuestos legales y jurisprudenciales esbozados, analizar los razonamientos presentados en las demandas (D- 7882 y 7909) para verificar que existan cargos de constitucionalidad que permitan a esta Corporación emitir un pronunciamiento de fondo.

Así las cosas, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado en numerosas oportunidades que en virtud de la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad y de las competencias limitadas de esta Corporación, no le corresponde a ella adelantar el control oficioso de las leyes, sino únicamente pronunciarse sobre las demandas debidamente presentadas por los ciudadanos (art. 241 C.P.). Estas demandas han de cumplir con ciertos requisitos mínimos, en los términos del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 y los lineamientos que ha trazado la jurisprudencia respecto de tales requisitos. Sobre el particular, la Corte ha señalado que “para que realmente exista una demanda es necesario que el actor formule un cargo susceptible de activar un proceso constitucional, pues no le corresponde a esta corporación imaginar cargos inexistentes ya que ello equivaldría a una revisión oficiosa”. En este mismo sentido, ha indicado que la ausencia de un requisito sustancial como el concepto de la violación, sustentado en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, no puede ser suplida oficiosamente por la Corte y dado el caso, sobre una demanda que adolezca de ineptitud sustancial, debe proferir una sentencia inhibitoria.

La necesidad de justificar en forma *clara, precisa, pertinente, específica y suficiente* las acusaciones de inconstitucionalidad presentadas contra disposiciones legales, ha sido calificada como una carga procesal básica a cumplir por los ciudadanos que ponen en movimiento el sistema de control constitucional, cuyo alcance ha sido explicado por esta Corporación al indicar que “entre el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, el señalamiento de las normas constitucionales que se consideran infringidas y las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, no sólo debe existir una correspondencia lógica sino que también es necesario que exista

⁷⁷ Sentencia C-1009 de 2008.

claridad en la exposición de la secuencia argumentativa. De ahí que se pueda concluir que la acusación debe ser suficientemente comprensible (claridad) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (certeza). Además, el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta Política (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional y no de orden legal o puramente doctrinario, como tampoco referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa (proposición jurídica) sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

En este orden de ideas, pasa la Corte a realizar un análisis pormenorizado de los razonamientos sustentados en las demandas para determinar si ellos constituyen cargos de constitucionalidad a la luz de los parámetros legales y jurisprudenciales que se vienen señalando:

4.1. Cargo por la presunta violación del artículo 12 de la Constitución.

4.1.1. Se afirma en las demandas que *la norma acusada – en este caso el artículo 113 del Código Civil - no prohíbe que el hombre o la mujer homosexual contraigan matrimonio, sino que si lo quieren deben hacer caso omiso a su orientación sexual, o si es el caso, renunciar a la misma para ejercer a plenitud esta garantía.*⁷⁸

Al respecto se encuentra que dicha aseveración carece de la *certeza* requerida. Ciertamente, del texto de la disposición acusada no se desprende la regla según la cual un hombre o una mujer homosexual deben hacer caso omiso a su orientación sexual para contraer matrimonio; se está demandando una proposición jurídica que no está presente y que por ende no existe en la disposición legal acusada. Dicha disposición en momento alguno obliga a una persona a que renuncie a su orientación sexual, sea cual fuere; inferir que la norma dice algo que no dice es un despropósito que no permite fundamentar un cargo de constitucionalidad, precisamente por faltar a la *certeza* y a la veracidad respecto de lo que señala objetivamente la norma. No cabe duda para esta Corte, que la disposición acusada, en momento alguno está estableciendo hacer caso omiso a la orientación sexual de persona alguna; sorprende en sede de constitucionalidad dicha afirmación. Igualmente mal se puede indicar que la disposición demandada obligue a una determinada persona a contraer matrimonio en un determinado evento. Dicha aseveración es totalmente ajena a la norma señalada y por ende se estructura en una proposición jurídica inexistente, pues dicha disposición hace parte del Código Civil el cual claramente establece el matrimonio como un contrato y por ende en ese orden de ideas, prima la voluntad de las partes y su consentimiento; así las cosas y de manera palmaria se puede afirmar que no existe la obligación contractual para una persona de contraer matrimonio y menos aún cuando una de las características es el consentimiento; una de las bases del matrimonio es

⁷⁸ Demanda. Folio 33 expediente D-7882

la posibilidad u opción de casarse libremente.⁷⁹ Por tales razones, es evidente que se parte de conjeturas, sospechas y creencias que no reposan ni se desprenden de la norma acusada sino que están presentes solamente en la subjetividad del accionante, produciendo la falta de *certeza* en el cargo.

4.1.2. Se indica *que nadie puede ser sometido a tratos degradantes; dichos tratos se han entendido como aquellos que humillan gravemente al individuo frente a los demás, o le compele actuar en contra de su voluntad; así pues la norma demandada trata a los colombianos homosexuales de una forma degradante.*⁸⁰

No logra en ningún instante demostrarse las razones por las cuales la disposición legal acusada trata a unas personas de forma degradante. En el presente caso no se explican los argumentos con base en los cuales se permita inferir que la norma produce tratos inhumanos a un determinado grupo de personas. Dichas manifestaciones son solo sospechas y conjeturas radicadas en el parecer de quien demanda pero que no permiten edificar un cargo de constitucionalidad. Se insiste que el trato indigno, vil e indecente no se desprende objetivamente de la disposición acusada, y por tal razón no posee la *certeza* para estructurar un cargo constitucional.

4.1.3. Se señala como colorario de lo anterior que la disposición demandada y respecto de las personas homosexuales los *cosifica, desconoce su dignidad humana y le obligan a renunciar a lo irrenunciable: la orientación sexual.*⁸¹

Del artículo 113 del Código Civil no se desprende instrumentalización del ser humano. Por el contrario, dicho contrato está sustentado en el consentimiento y en la libertad del contrayente; facultades inherentes a un ser humano digno. Siendo así las cosas, la afirmación es inexistente en el contenido normativo acusado y traducido en falta de *certeza*. Ciertamente, se está extrayendo unos efectos que la disposición acusada no contempla y además la interpretación que se busca hacer valer no es pausable.

4.2. Cargo por la presunta violación del artículo 42 de la Constitución.

4.2.1. Se indica que *el texto constitucional no excluye del matrimonio a parejas del mismo sexo, sino que se limita a reflejar una realidad social: que la heterosexualidad es mayoritaria en nuestro país*⁸².

La presente aserción evidencia simplemente la opinión de los accionantes sobre la posición del Constituyente de 1991. En efecto, el demandante realiza una valoración sobre los fundamentos de una norma constitucional;

⁷⁹ Código Civil Art. 123. No podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario, según los artículos precedentes, o sin que conste que el respectivo contrayente pueda casarse libremente.

⁸⁰ ibidem

⁸¹ ibidem

⁸² Demanda Folio 35 expediente D-7882

apreciación esta que no escapa de simple campo estimativo propio del accionante pero que no funda cargo constitucional alguno. En otras palabras, las inferencias que realiza el demandante respecto de las posibles razones que fundamentan o no una norma constitucional están bien alejadas de tener siquiera la *suficiencia* y la *certeza* indispensable para emitir un pronunciamiento de fondo. Si la norma constitucional refleja o no una realidad del país, cualquiera que sea; no comporta un cargo contradictorio de la constitución sino una simple deducción subjetiva de quien la realiza.

4.2.2. Se manifiesta que *el matrimonio señalado en la norma constitucional debería ser extendido a las parejas del mismo sexo.*

La estructura de los argumentos expuestos en las presentes demandas giran en torno del eje según el cual en Colombia debería existir el matrimonio para parejas del mismo sexo. Dicho anhelo social y jurídico de parte de los accionantes, muy respetable por cierto, es la exteriorización de un deseo de quien presenta la demanda; sin embargo dicho afán no puede estructurar un cargo de constitucionalidad por falta de *pertinencia*. Ciertamente, no corresponde a esta Corporación valorar las aspiraciones de los demandantes respecto de un determinado comportamiento social o una especial resonancia en el ordenamiento jurídico. Mal podría entenderse dicho argumento como constitucional por cuanto escapa a la esfera jurídica para radicarse en una simple esperanza de quien acude en sede de constitucionalidad con una visión particular del *deber ser*. Así las cosas, no puede esta Corporación modificar una específica situación por el simple querer de quien demanda.

4.2.3. Se señala que *ha existido una interpretación errada del artículo 2° de la ley 294 de 1996, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer. Se debe entender que la “o” que se usa entre la hipótesis matrimonial y la de voluntad responsable de conformarla, hace referencia a formas optativas de constituir una familia que pueden o no estar relacionadas entre ellas. Tratándose de un estado social y democrático de derecho no se puede afirmar la heterosexualidad sea requisito sine qua non en todas las clases de familias existentes en el marco de la sociedad las cuales se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución y qué, con base en ello, se pueda vulnerar el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio y conformar una familia en pro de las creencias particulares de un grupo mayoritario pues, con esos mismos argumentos, otras prácticas discriminatorias como el racismo y el sexismo se han abierto campo en nuestra sociedad⁸³.*

El actor acepta que la norma acusada no hace sino reproducir el precepto constitucional vertido en el artículo 42 de la Constitución. En este orden de ideas, expresa el demandante que se le ha dado una interpretación errada al

⁸³ Demanda folio 47 y 47 expediente D-7909

artículo 2 de la ley 294 de 1996 por cuanto la familia no siempre está integrada por un hombre y una mujer. No obstante lo anterior, no se señala o indica que juez o corporación judicial a dado esta especial interpretación, en que circunstancia concreta se ha realizado esta disquisición, que entidad del Estado la a hecho; careciendo por ende dicho indicación de la *certeza* necesaria para emitir un pronunciamiento constitucional.

Ahora bien, asevera el demandante que “...cuando se habla de la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan integrar un grupo familiar se incurra en el error de confundir la noción de familia, en estricto sentido, la institución religiosa del matrimonio y su particular concepción de la familia.”⁸⁴ De los razonamientos expuestos por el demandante se constata la tendencia a partir de la base de que matrimonio y familia son lo mismo⁸⁵. En efecto, se pregona que la afectación de los derechos de los homosexuales se produce ante la imposibilidad de contraer matrimonio o integrar un núcleo familiar. Dicho raciocinio carece de sustento objetivo en la norma constitucional. El artículo 42 de la Constitución expresa que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Así las cosas, el matrimonio es una de las formas de constituir la familia, sin embargo no siempre la familia se constituye por el matrimonio. En este orden de ideas, la personal percepción del demandante no tiene *certeza* para estructurar un cargo de constitucional por cuanto parte de una premisa que objetivamente no está presente en la norma constitucional que le sirve de sustento.

Es deber resaltar el hecho de que si el demandante acepta que la norma acusada lo que hace es reproducir un contenido normativo constitucional, en realidad lo que se está haciendo es atacar de inconstitucional un artículo constitucional, tratando de demostrar una antinomia constitucional; argumento que en el presente caso carece de *pertinencia* para emitir un pronunciamiento de fondo.

4.3. Cargo por la presunta violación del artículo 13 constitucional.

4.3.1. Se expresa que el artículo 13 de la Constitución lleva implícita una cláusula de erradicación de las injusticias presentes, que debe ser aplicada a cada caso concreto. Si se mira en forma abstracta a una pareja, homosexual o heterosexual, veremos que está conformada por dos personas que voluntariamente deciden unirse para compartir su proyecto de vida y desarrollarlo en forma mancomunado sólo que respecto de la pareja

⁸⁴ Demanda folio 39 expediente D-7909

⁸⁵ “Las normas demandadas al restringir sin fundamentos objetivos y razonables derechos fundamentales de las personas homosexuales contrarían este postulado básico que la Corte nos pone de presente y han dado origen a un sistema legal discriminatorio con efectos adversos para todas las personas que, atraídas por individuos de su mismo sexo, ven irrazonablemente obstaculizado su plan de vida al no **poder contraer matrimonio civil o integrar un núcleo familiar** como consecuencia de un marco legal del que son claramente excluidos y en virtud del cual son discriminados.” Folio 40 expediente D-7909.

*heterosexual la ley brinda todas las garantías para tal fin, mientras que la pareja homosexual se ve limitada toda vez que la ley la ignora y, de hecho, la discrimina en forma abierta y pública.*⁸⁶

Acorde con los presupuestos teóricos esbozados en esta providencia (supra numeral 3.3.) en aquellos eventos en los cuales se acuse la vulneración del derecho a la igualdad existe una carga argumentativa adicional para estructurar un cargo de constitucionalidad. En efecto, el demandante debe definir y aplicar tres etapas: (i) determinar cuál es el criterio de comparación (“patrón de igualdad” o *tertium comparationis*), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, (iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual.

Pues bien, encuentra la Corte que en el presente caso no se exponen dichos argumentos que desvirtúen el amplio margen de configuración normativa en cabeza del legislador. Aunque el demandante realiza un esfuerzo válido en su demostración, lo cierto es que en momento alguno logra determinar cual es el patrón de igualdad o *tertium comparationis* que pretende hacer valer, las razones por las cuales los grupos sociales que relaciona son susceptibles de comparación, los argumentos por los cuales los sujetos aludidos son de la misma naturaleza, no se esbozan fundamentaciones que denoten porque desde la perspectiva fáctica y jurídica se da un tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y si dicho tratamiento diferente es constitucionalmente justificado. El demandante se limita a realizar unos esbozos generales del deber ser, efectúa explicaciones superfluas en relación con los sujetos a comparar sin adentrarse en las reflexiones jurídicas por las cuales los grupos sociales que menciona son comparables. Se insiste, que las valoraciones personales, las conjeturas, las sospechas, las apreciaciones personales y más aún los anhelos sociales o personales no pueden constituir un cargo de constitucionalidad. De ahí que sean indispensables argumentaciones – que tengan un contenido jurídico – que al menos permitan estructurar un cargo de constitucionalidad, en el entendido que se presente una confrontación entre una norma legal y una constitucional. No basta el querer de un deber ser.

Así las cosas, la carga argumentativa expuesta por el demandante respecto de la supuesta violación del derecho a la igualdad no tuvo un alto grado de precisión como es requerido. Por tal razón al no hallar esta Corte argumentos idóneos respecto al derecho a la igualdad, la consecuencia directa del sustento es la falta de *suficiencia* para realizar un estudio de constitucionalidad.

⁸⁶ Demanda. Folio 45 expediente D-7909

4.3.2. Se afirma que *la exclusión y discriminación hacía las personas homosexuales es explicable, más no justificable, a la luz de la segregación histórica a la que han sido sometidas por parte de grupos religiosos y facciones de ultra derecha. El rol de “ciudadano de segunda clase” dado al homosexual que formalmente es reconocido como “igual” a las personas con orientación heterosexual pero a la vez se ve restringido en derechos de carácter fundamental como los mencionados, lo que es una clara forma de violación a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución*⁸⁷.

Se estructura la argumentación basada en la reclamación histórica que realiza la población homosexual sobre sus derechos, siendo esta una pretensión de carácter especial radicada en un grupo de la población que “no ha tenido voz propia en la adopción de decisiones políticas”. Comprueba esta Corporación que la argumentación esta edificada en acaecimientos particulares, ocurrencias reales o imaginarias en las que supuestamente ha sido o será aplicada la norma. El demandante se centra en constatar la presencia de un reclamo social de un grupo poblacional que supuestamente no ha tenido acceso a las decisiones políticas y por ende al parecer no ha podido proteger sus derechos. Independiente de que dichas aseveraciones sean verdaderas o no; lo cierto es que ellas no pueden erigir un cargo de constitucionalidad por falta de *pertinencia*. Ciertamente, las vivencias históricas o la forma de acceso a las decisiones del poder, por si solas, no bastan para construir un cargo de constitucionalidad, que como mínimo requiere de la exposición clara y jurídica de una posible contradicción entre una norma legal y la Constitución.

4.3.3. Indica el actor que *la prohibición legal a los homosexuales de recurrir al contrato civil de matrimonio y a conformar una familia derivada de las normas demandadas, viola en forma flagrante el derecho a la igualdad y a la no discriminación por cuanto no se sustenta en motivaciones objetivas y razonables sino qué, por el contrario, encarna prejuicios y estereotipos que no tiene cabida en un estado social de derecho como el Colombiano. Se agrega que es indispensable recurrir a un test estricto de proporcionalidad en que se establezca si las restricciones a las parejas del mismo sexo a conformar una familia y a acudir al contrato civil de matrimonio tiene asidero en argumentos razonables o en simples consideraciones de carácter moral sin asidero constitucional.*⁸⁸

Insiste el demandante en confundir el concepto de matrimonio con el concepto de familia. Se agrega que el artículo 2 de la ley 294 de 1996 que desarrolla el artículo 42 constitucional al limitar la posibilidad de conformar una “familia” solo a las uniones heterosexuales, vulnera los derechos de los homosexuales al impedirles asociarse a través de uno de los modos de hacerlo. Los argumentos esbozados carecen de la *certeza* imprescindible para armar un cargo de constitucionalidad. El razonamiento no es *cierto* por

⁸⁷ Demanda. Folio 46 y 47 expediente D-7909

⁸⁸ Ibidem, folios 52 y ss.

cuanto el demandante parte de una proposición jurídica inexistente, esto es, el hecho de que solamente a través del matrimonio se conforma una familia. Dicho contenido normativo no se desprende objetivamente del texto constitucional que se pretende interpretar.

Posteriormente opta el accionante por describir las características de la “pareja” como forma asociativa para concluir que dichas particulares hacen parte tanto de las parejas heterosexuales como de las homosexuales.

Pues bien, no puede aceptar esta Corte como argumentos que sustenten la explicación de un test de proporcionalidad, razonamientos simplemente circunscritos al derecho de asociación y a las características de la pareja, que en realidad resultan ajenos e inconexos, a la estructura jurídica de un test de proporcionalidad en sede de igualdad. Correspondía al accionante demostrar porque el resultado de un test de proporcionalidad daba como resultado la discriminación por él alegada. Argumentos no presentes en la demanda. En consecuencia, constata esta Corte que dichas exposiciones carecen de la *certeza* urgida para estar en presencia de un cargo de constitucionalidad por cuanto no se presentan argumentos que desarrollen el test anotado; sino que se limita simplemente a enunciarlo.

Ahora bien, aunque el actor indica que en el presente caso se está en presencia de un criterio sospechoso de discriminación razón por la cual la norma debe ser declarada inconstitucional; lo cierto es que al menos para valorar la presencia de dicho criterio es indispensable para esta Corporación que se cumplan con los requisitos mínimos ya anotados, como el de *suficiencia* en la argumentación, para edificar un cargo de constitucionalidad y no hacer de la acción pública de inconstitucionalidad un ejercicio oficioso de la Corte.

4.4. Cargo por la presunta vulneración de la dignidad de la pareja.

4.4.1. Se manifiesta que las normas demandadas constituyen una vulneración al principio de dignidad humana toda vez que limita la posibilidad de los homosexuales a tener un plan de vida y desarrollarse en forma plena, acorde es el deseo del espíritu humano.⁸⁹

El accionante no explica las razones por las cuales la institución del matrimonio está ligada indefectiblemente al desarrollo de la dignidad de las parejas del mismo sexo. En efecto, al parecer el demandante solamente circunscribe la posibilidad de que las personas homosexuales tengan un plan de vida y se desarrollen en forma plena acorde con el deseo del espíritu humano si contraen matrimonio. Aseveración que además de no tener *certeza*, por no desprenderse de los textos acusados; tampoco es *suficiente* por ausencia de argumentación.

⁸⁹ Ibidem, folios 43 y 44.

Se adiciona por el demandante que el hecho de restringir el derecho de las personas homosexuales a escoger autónomamente su modelo de realización personal y, si así lo prefieren, optar por conformar una familia o de contraer matrimonio civil, son claramente contrarias al espíritu de la Constitución. Sin embargo, dichas conclusiones, además de no estar contenidas en los textos acusados, nuevamente confunden en uno solo los conceptos de matrimonio y familia, lo cual deriva en la falta de *certeza* de la argumentación. Así las cosas, el actor basa su argumentación en interpretaciones subjetivas respecto de los alcances de las disposiciones acusadas y del texto constitucional.

4.5. Cargo por la presunta vulneración de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

4.5.1. Afirman los accionantes que *el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio...”, sin distinguir las circunstancias sexuales, raciales, de orientación sexual o cualquier otra de quien decide vincularse jurídicamente con su pareja.*⁹⁰

Contrario a lo expuesto por el demandante, los instrumentos internacionales, al igual que las normas acusadas, se refieren a que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer; precepto reflejado en la Convención Americana de Derechos Humanos artículos 17 y 23. Así las cosas, no se puede deducir - a menos que se acepte que es una apreciación personal o subjetiva, una conjetura o sospecha del demandante- que el derecho internacional de los derechos humanos establece una obligación a los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Caso Kopf y Shalk vs. Austria). En este orden de ideas, no puede aceptarse que una especial y particular interpretación de una norma internacional conlleve necesariamente la existencia de un cargo de constitucionalidad. Aunque el demandante esboza argumentos juiciosos para demostrar que la interpretación correcta es la realiza por él, lo cierto es que esta no se desprende objetivamente del texto indicado. En contravía de lo aseverado por el accionante, tribunales de derechos humanos han validado que de manera objetiva el texto internacional no obliga a los estados al matrimonio de parejas homosexuales. Por ende, el cargo no posee la *certeza* demandada por cuanto la subjetiva interpretación dada al texto internacional no deviene objetivamente de éste.

4.5.2. Se señala que *acorde con el desarrollo de la figura del bloque de constitucionalidad, el ordenamiento interno debe respetar los lineamientos fijados por los órganos de control de este tipo de tratados y tribunales internacionales, cuyas recomendaciones e interpretaciones hacen parte del bloque estricto de constitucionalidad.*⁹¹

⁹⁰ Demanda folio 32 expediente D-7882 y demanda folios 58 a 63 expediente D-7909

⁹¹ Demanda folios 61 y ss expediente d-7909.

La afirmación vertida carece de la *certeza* pretendida para estructurar un cargo de constitucionalidad, por cuanto, como se demostró atrás no es cierta la aseveración según la cual los tribunales y tratados internacionales exigen al Estado permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Por el contrario, los tratados y los tribunales internacionales esbozan el matrimonio entre hombre y mujer, aceptando que no existe obligación internacional de derechos humanos que exija a un Estado permitir dicho contrato entre parejas homosexuales. No obstante lo anterior, la carga argumentativa estaba en cabeza del accionante, el cual debía demostrar que el tratado internacional y los tribunales internacionales de derechos humanos establecían una clara obligación normativa y una clara directriz judicial, en el sentido de obligar que un Estado permitiera el matrimonio entre parejas homosexuales. Argumentación ausente en las demandas, razón por la cual, las simples disquisiciones anotadas carecen de la *suficiencia* para cimentar un cargo de constitucionalidad.

4.5.3. Se manifiesta que *El poder construir una familia es un derecho humano universal reconocido por la declaración americana de los derechos humanos y deberes del hombre en su artículo 6 al consagrar que toda persona tiene derechos a constituir una familia y a recibir protección de ella, sin consideración alguna a la necesidad de una pareja o a la heterosexualidad de la persona, que encuentra apoyo en la apertura semántica del artículo 42 de la Constitución.*⁹²

Nuevamente y como se ha referenciado atrás, el accionante incurre en la confusión de necesariamente equiparar el concepto de matrimonio con el concepto de familia. En varias ocasiones esta Corte ha insistido en la presente providencia que si bien es cierto una de las formas constitucionales de constituir una familia es el matrimonio, no es menos cierto que esta no es la única forma de hacerlo. Así las cosas, mal puede aseverarse de manera categórica que al no existir la posibilidad de que una pareja homosexual contraiga matrimonio se esta vulnerando la posibilidad de constituir una familia. En consecuencia, la enunciación plasmada carece de la *certeza* requerida para construir un cargo de constitucionalidad por cuanto se basa en un presupuesto que no es verdadero.

4.5.4. Expresa el actor que se vulnera el *Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*⁹³.

Dicho aserto no es demostrado por el accionante. Simplemente se limita a esbozar unos argumentos según los cuales los contenidos normativos que componen el preámbulo de la Declaración establecen un “*espíritu*” de dicho instrumento internacional que conllevan a reconocer la plenitud de los derechos de las parejas homosexuales. Sin discutir si ello es cierto o no, el demandante no sustenta los argumentos de sus afirmaciones, siendo por ende

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem, folios 62 y 63.

faltos de *suficiencia* los racionios efectuados con el propósito de fundar un cargo de constitucionalidad.

4.6. Cargo según el cual el contenido de las normas acusadas producen una “prohibición irrazonable”.

4.6.1. Se indica que es *irrazonable, desproporcionado y ajeno que las personas homosexuales y demás integrantes de la población LGBT sean privados del derecho a constituir un núcleo familiar o a recurrir a un contrato civil de matrimonio como forma asociativa.*⁹⁴

De las normas acusadas no se desprende, de manera objetiva, el señalamiento de una “prohibición”. En efecto, el artículo 113 del Código Civil establece unos requisitos para contraer matrimonio; sin embargo no expresa objetivamente que la abstención pasiva de realizar una acción, en este caso la de contraer matrimonio. Lo mismo resulta de la lectura objetiva del artículo 2° de ley 294 de 1996; esta norma determinada las formas a través de las cuales se puede constituir una familia. Así las cosas, lo puede ser por (i) vínculos naturales o jurídicos, (ii) por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o (iii) por la voluntad responsable de conformarla. En este orden de ideas, esta última disposición tampoco señala objetivamente un impedimento o prohibición de efectuar o contraer matrimonio. En consecuencia, las explicaciones indicadas por el demandante carecen de la *certeza* solicitada para estructurar un cargo de constitucionalidad debido a que las disposiciones acusadas no establecen prohibición objetiva alguna.

4.7. Cargo por la presunta violación del derecho a tener una familia.

De los argumentos expuestos en la demanda⁹⁵ se evidencia como constante el razonamiento según el cual las normas acusadas impiden que las parejas homosexuales constituyan una familia. Debe tenerse presente que el artículo 2° de la ley 294 de 1996 reproduce el texto constitucional del artículo 42. En primer lugar, se constata nuevamente la tendencia equivocada del demandante de confundir en un mismo concepto el matrimonio y la familia. En efecto, como se ha repetido varias veces, el matrimonio es una de las formas de constituir una familia sin embargo una familia no solamente se constituye a través del matrimonio. En consecuencia, dichas aseveraciones carecen de la *pertinencia* indispensable para edificar un cargo de constitucionalidad por cuanto no devienen lógicamente del contenido normativo de las disposiciones acusadas.

No obstante, no puede pasar por alto esta Corporación el hecho de que una de las normas demandadas reproduce el texto constitucional del artículo 42. Siendo así las cosas, en realidad no se está planteando un enfrentamiento

⁹⁴ Demanda, folios 37 y ss expediente D-7909.

⁹⁵ Demanda folios 37 y ss expediente D-7909

entre un texto legal y la Constitución, esto es el artículo 2° de la ley 294 de 1996 y el artículo 13 constitucional; sino siendo el contenido del artículo 2° idéntico al del artículo 42 constitucional, lo que se pretende plantear es una supuesta contradicción entre dos normas constitucionales (antinomia constitucional). En este orden de ideas, si bien se plantea tácitamente este problema jurídico, en momento alguno se señala someramente cual sería el mecanismo o el criterio de interpretación para resolver la antinomia.

Asevera el demandante que el contenido normativo del artículo 2° de la ley 294 de 1996 – que es idéntico al señalado en el artículo 42 constitucional – vulnera de manera grave el artículo 13 de la Constitución, por cuanto impide que las parejas homosexuales constituyan una familia. Como se ha venido indicando, la afirmación anterior no es *cierta* por cuanto la lectura objetiva de la norma constitucional trae consigo que existen diferentes formas de constituir una familia, y no solamente por medio del matrimonio.

Sin embargo, aunque el accionante en algunos apartes de su sustentación admite que la familia se conforma de diferentes formas; lo cierto es que nunca logra demostrar porque las normas acusadas vulnerarían los derechos de las parejas homosexuales a constituir una familia; circunstancia anterior que hace que dichos fundamentos carezcan de la *pertinencia* requerida por sustentar un cargo de constitucionalidad.

4.8. Cargo por la presunta desprotección de los derechos e intereses de los niños.

4.8.1. Indica el actor que *si bien la posibilidad de permitir la adopción a las parejas del mismo sexo no es una de las pretensiones de la demanda, aunque deviene como consecuencia necesaria de las posibilidad de celebrar contrato civil de matrimonio, debemos reconocer que uno de los grandes obstáculos que ha existido para que las parejas del mismo sexo puedan acudir al contrato civil de matrimonio como forma asociativa y se puedan constituir como una familia ha sido el hecho de permitirles adoptar hijos.*⁹⁶

El actor fundamente los razonamientos en una conjetura o sospecha personal según la cual, en su parecer, una de las causas por la cuales se impide el matrimonio de parejas homosexuales sería el hecho de permitirles adoptar hijos. Así las cosas, dicho sustento carece de la *certeza* necesaria para edificar un cargo de constitucionalidad por cuanto se parte de la base de apreciaciones personales o creencias del demandante en relación con las normas acusadas. Igualmente se pretende hacer valer la especial visión del accionante en la aplicación de la norma demandada o la manera como será empleada. En realidad, no se esta acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un supuesto problema

⁹⁶ Demanda, folios 63 a 68 expediente D-7909.

particular, como podría ser la aplicación de la disposición en un caso específico.

En el mismo sentido se debe reiterar que los argumentos según los cuales se pueden ver comprometidos los derechos de los menores carecen de *certeza*, por cuanto el actor no logra esbozar ni siquiera de manera mínima un sustento que lleve a corroborar dicha afirmación. Además, dichos fundamentos son ampliamente *impertinentes* por cuanto no guardar relación directa ni indirecta con las normas acusadas. La adopción no es un tema al que hagan referencia directa las normas demandadas.

4.9. Cargos basados en argumentos de conveniencia social.

4.9.1. Señala el accionante que *El Estado constitucional no puede permitir la reducción del contenido de un derecho fundamental al consenso de una mayoría, lo que lleva a la injusticia, tiranía y la represión, antítesis claras de lo que debe ser un verdadero Estado Constitucional nuestro.*⁹⁷

Dicho razonamiento no posee *certeza* por cuanto surge de la apreciación subjetiva del actor, según la cual se está anulando un derecho fundamental por parte del Estado debido a la presencia del consenso de una mayoría. Independiente que dicha aseveración sea cierta o no; lo verdadero es que deviene de la convicción personal del demandante, impidiendo conformar un cargo de constitucionalidad.

4.9.2. Se indica que debido a que existe *un grupo social mayoritario que considere como contrario a la “moral” que dos personas de un mismo sexo formen una pareja y tengan un proyecto de vida en común consistente en conformar una familia no debe constituirse en óbice para que dicho derecho, constitucionalmente protegido, les sea negado o desconocido ya que eso conlleva una clara afrenta a los derechos fundamentales que todo individuo posee bajo el marco de un Estado Constitucional y pluralista*⁹⁸.

Nuevamente el accionante parte de una presunción o supuesto propio según la cual el Estado no reconoce el matrimonio entre parejas homosexuales debido a un grupo social mayoritario que lo considera contrario a la moral. Dicha percepción particular, que además no está fundamentada, implica que el cargo carezca de *certeza* y *pertinencia* para edificar un cargo de constitucionalidad por estar estructurado en conjeturas íntimas y no estar demostrado.

4.9.3. Manifiesta el actor que *la abstención del Estado frente a la situación legal de las parejas del mismo sexo no tiene sustento democrático y carece de legitimidad. La inacción estatal frustra expectativas de bienestar y plenitud garantizadas constitucionalmente a todos los colombianos, sin lugar a ser*

⁹⁷ Demanda, folio 46 expediente D-7909

⁹⁸ Ibidem.

*discriminados salvo que existan razones objetivas y como se ha visto, no es ese el caso.*⁹⁹

Pretende el actor que sea la Corte Constitucional la que actúe ante la supuesta inacción estatal que él pregona respecto de los derechos de las parejas homosexuales. En esta providencia se ha afirmado que los anhelos o deseos sociales no pueden constituir cargos de constitucionalidad debido a que carecen de la *certeza* indispensable para emitir un pronunciamiento de fondo. Anhelos estos que se insisten no han sido jurídicamente estructurados desde el punto de vista constitucional.

4.9.4. El actor esgrimió que *uno de los argumentos con base en los cuales se suele negar a las parejas del mismo sexo la posibilidad de acudir al contrato de matrimonio civil como forma asociativa, es su incapacidad para procrear.*¹⁰⁰

Este fundamento carece de la *certeza* imprescindible para que la Corte se pronuncie de fondo, debido a que se estructura con base en una apreciación personal de quien demanda, una visión subjetiva del actor respecto a las supuestas razones por las cuales no existe la posibilidad del matrimonio de parejas homosexuales. Al parecer del accionante el hecho de no poder procrear es una causa para impedir el matrimonio de parejas homosexuales. Aseveración no probada, que además carece de sustento en la argumentación y que deviene exclusivamente de su convicción íntima. Razones estas que impiden estar en presencia de un cargo de constitucionalidad.

5. Conclusión.

Así las cosas, la Corte Constitucional concluye que las demandas no cumplieron a cabalidad con las condiciones y requisitos que se exigen – *claridad, pertinencia y suficiencia* - para poder entrar a un examen de fondo de los cargos planteados y de este manera emitir un fallo de mérito sobre la constitucionalidad de los contenidos normativos demandados del artículo 113 del Código Civil y del artículo 2° de la ley 294 de 1996.

El demandante optó por esbozar de manera general y contundente una aspiración particular de ver que el Estado Colombiano permita el matrimonio de parejas homosexuales. Dicho propósito, que puede ser equitativo o ajustado socialmente, no necesariamente trae consigo una contradicción constitucional. En efecto, en sede de constitucionalidad corresponde a la Corte Constitucional evaluar las posibles contradicciones de normas con fuerza de ley respecto de la Constitución, no es éste el escenario estatal en el cual se debatan argumentaciones meramente políticas o sociológicas, sin que existan los razonamientos jurídicos mínimos de contradicción constitucional.

⁹⁹ Demanda, folio 48 expediente D-7909

¹⁰⁰ Demanda, folio 50 expediente D-7909

En el evento de que la Corte hubiere optado por pronunciarse en el presente caso hubiera terminado estructurando la base de la argumentación de su propia decisión. Sin duda, hubiere fungido como parte y como juez. Por ende, no se estimó materialmente cumplida la obligación constitucional y legal de presentar un “concepto de violación constitucional”. En consecuencia, esta Corte se declarará inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional actuando en nombre del pueblo colombiano y por mandato de la Constitución Política

RESUELVE

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Con salvamento de voto

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con salvamento de voto

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General