

Sentencia C-798/08

ACCION PENAL POR INASISTENCIA ALIMENTARIA ENTRE MIEMBROS DE PAREJA HOMOSEXUAL

DERECHO A LA ASISTENCIA ALIMENTARIA-Concepto

El derecho a la asistencia alimentaria, ha sido definido por la Corte como aquél que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios.

OBLIGACION ALIMENTARIA-Responsables

La obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos

PAREJAS HOMOSEXUALES Y UNION MARITAL DE HECHO-Obligación alimentaria/PAREJAS HOMOSEXUALES-Tienen iguales obligaciones y derechos patrimoniales a las uniones constituidas por parejas de distinto sexo

No cabe ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. Así, la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1 del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. La obligación alimentaria hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho y por tanto debe ser regulado de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales y de las parejas heterosexuales.

JUICIO ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD- Aplicación en tratamiento diferenciado por razón de orientación sexual

INASISTENCIA ALIMENTARIA EN UNION MARITAL DE HECHO- Procedencia

DEFICIT DE PROTECCION- En materia patrimonial en contra de miembros de parejas del mismo sexo/DEFICIT DE PROTECCION- En materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria de miembros de pareja homosexual

En el presente caso la Corte se enfrenta a una ley que confiere un tratamiento diferenciado en materia de derechos y deberes patrimoniales a los miembros de la pareja heterosexual respecto de los miembros de la pareja homosexual. El tratamiento diferenciado representa, un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria. La

Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la desprotección de la pareja heterosexual. En este, como en casos anteriores, la corrección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no tiene como efecto, desde ningún punto de vista, la disminución de la protección a los miembros de la pareja heterosexual.

OBLIGACION ALIMENTARIA-Incumplimiento acarrea consecuencias penales

Referencia: expediente D-7177

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, modificatorio del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal).

Actor: Lena Del Mar Sánchez Valenzuela

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, LENA DEL MAR SÁNCHEZ VALENZUELA, ciudadana colombiana, demandó el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, que modificó el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), pues en su criterio esta norma vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

Se transcribe la norma demandada tal y como aparece publicada en el Diario Oficial No. 46.858 de 31 de diciembre de 2007

LEY 1181 DE 2007
(31 de Diciembre)

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

ARTÍCULO 1°. El artículo 233 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 233. Inasistencia Alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

PARÁGRAFO 1°. Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

PARÁGRAFO 2°. En los eventos tipificados en la presente ley se podrá aplicar el principio de oportunidad.

ARTÍCULO 2°. La presente ley rige a partir de su sanción y promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

III. LA DEMANDA

La actora demandó el párrafo 1° del artículo 1° de la ley 1181 de 2007, que modificó el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), por considerar que esta norma vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política.

Señala que la norma demandada reduce la protección alimentaria a la pareja heterosexual y con ello vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las parejas del mismo sexo. Para fundamentar su aserto cita

la doctrina sentada en la sentencia C-075 de 2007, que a su juicio “cambió el entendimiento de las normas de la ley 54 de 1990”. Recuerda que en dicha decisión, la Corte indicó que la discriminación relativa a la orientación sexual era violatoria de la Constitución. En consecuencia, solicita que la Corte aplique el artículo 13 de la Constitución de manera tal que no se cierren “los efectos del artículo 233 del Código Penal modificado por la Ley 1181 de 2007, única y exclusivamente a las parejas heterosexuales, porque eso atenta de manera directa contra los derechos a la igualdad y a la dignidad humanas.”

Finalmente, la demanda indica que la decisión legislativa de no incluir determinados grupos sociales en los ámbitos de protección legal, en razón a su orientación sexual, “menoscaba y vulnera el derecho a la dignidad humana y a recibir igual tratamiento por parte del Estado.” Por las mismas razones, encuentra que la disposición afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, “pues la limitación que impone resulta contraria a la diversidad sexual en cuanto impide que una persona reclame sus derechos de pareja y obligaciones de socorro mutuo a su compañero del mismo sexo cuando el mismo sea renuente a cumplirlos y ello conlleve un castigo punitivo por parte del Estado.”

IV. INTERVENCIONES

1. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL

El Ministerio de Protección Social a través de representante, intervino en el presente proceso para avalar la inexecutable de la disposición demandada por vulneración del principio de igualdad. Apoya su posición en los siguientes argumentos.

A su juicio, la norma acusada pretende desarrollar el art. 42 CN, pero no en cuanto al concepto de familia incluido en esa norma, sino a la protección de la pareja. Señala: “no es sobre “el núcleo fundamental de la sociedad” que se puede considerar incluido el presente debate, sino dentro de un tema que aunque afín, es distinto: la definición de unión marital de hecho y sus efectos jurídicos en caso distinto a lo contemplado en dicha norma.”. En consecuencia, entiende que dada la jurisprudencia de la Corte, especialmente la Sentencia C-075 de 2007, según la cual “el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas heterosexuales”, no es posible avalar una disposición que se limita, sin razón aparente alguna, a brindar protección sólo a la pareja heterosexual. Al respecto se pregunta “¿cómo puede una situación -parejas homosexuales- estar jurídicamente aceptada y regulada según la sentencia C-076 de 2007 y al mismo tiempo estar ilegalizada y excluida en los términos que establece la norma acusada?”. A esta pregunta responde que “es obvio que uno de los efectos fundamentales del “régimen de protección” tiene que ver con el tema patrimonial y el consecuente deber de socorro mutuo.”.

Finalmente, reitera que no está haciendo referencia a la “decisión” de formar una familia (en los términos establecidos por el art. 42 constitucional) ni de la

posibilidad de adoptar hijos y señala, “si nos atenemos a lo ordenado por la Sentencia C-075 de 2007 y habiéndose igualado el “régimen de protección”, es natural que el tema alimentario quede incluido dentro del mismo.”. Y continua: “Llegados a este punto no se encuentra razón **jurídica** alguna que justifique la exclusión de las parejas homosexuales del deber alimentario consagrado en el parágrafo 1 del art. 1 de la ley 1181 de 2007 exclusión que es violatoria del "régimen de protección que la Corte Constitucional dijo que "se aplica también a las parejas homosexuales". (negrilla y subrayado en texto original)

2. INTERVENCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN COLOMBIA DIVERSA

Marcela Sánchez Buitrago, como directora ejecutiva de la organización Colombia Diversa, y Mauricio Albarracín Caballero, coordinador del proyecto de derechos humanos de la misma organización, intervienen en el presente proceso para solicitar la exequibilidad condicionada de la norma acusada.

En primer lugar, los intervinientes solicitan la unidad normativa entre la norma demandada que consagra el delito de inasistencia alimentaria (norma demandada) y lo dispuesto en el Artículo 411 del Código Civil, tal y como fue modificado por la sentencia C-1033 de 2002, que extendió la obligación alimentaria a los compañeros permanentes. A este respecto, indican que el único caso en el cual una intervención puede solicitar el estudio de normas no demandadas es el caso de la unidad normativa. En este mismo sentido, el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 autoriza a la Corte Constitucional para integrar la unidad normativa en el examen de constitucionalidad. Consideran que en el caso estudiado se presenta una de las hipótesis de integración de la unidad normativa dado que a su juicio y citando jurisprudencia de la Corte, en este caso se demanda una disposición que *“individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada¹;*” y que *“se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad².”* Por lo cual solicitan a la Honorable Corte Constitucional estudiar la posibilidad de realizar la unidad normativa con el Artículo 411 del Código Civil tal y como fue modificado por la sentencia C-1033 de 2002. Consideran que se está ante una norma acusada de inconstitucional, la cual posee un contenido normativo inteligible y separable, pero que al momento de realizar su análisis no puede ser estudiada de forma independiente ya que el examen de los cargos de inconstitucionalidad remite inevitablemente al estudio del artículo 411 del Código Civil, pues esta hace parte del contenido a la norma acusada y participa de la presunta inconstitucionalidad del parágrafo.

¹ Sobre casos en los cuales la Corte ha integrado una proposición jurídica completa y se ha pronunciado sobre apartes normativos no acusados que conformaban una unidad lógico jurídica inescindible con otros apartes sí demandados, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-560-97, C-565-98 y C-1647-00 MP: José Gregorio Hernández Galindo; C-1106-00 MP: Alfredo Beltrán Sierra y C-154-02 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

² Sentencia C-871 de 2003. MP Clara Inés Vargas Hernández

Finalmente, sugieren a la Corte Constitucional realizar la unidad normativa frente a todo el Artículo 1° de la Ley 1181 de 2007 por el cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, y no limitarse al estudio del párrafo como lo solicita la demandante. Persiguen con ello que la definición de compañeros permanentes establecida en la norma acusada se inserte en un contenido normativo completo, es decir, el tipo penal del cual hace parte la definición.

Argumentos de fondo: la existencia de precedente judicial en la materia

Ahora bien, en cuanto a los argumentos de fondo, tal y como lo indican en el concepto presentado, una parte importante de las razones que se esgrimen ya ha sido expuesta por Colombia Diversa en las demandas de inconstitucionalidad D-6362 (C-075/07) y D-6947 (C-336/08), así como en las intervenciones ciudadanas en los procesos D-6330 (C-1043/06) y D-6749 (C-811/07). Por consiguiente, en este aparte de antecedentes se resumirán brevemente los argumentos fuerza que ya han sido expresados en los procesos citados y se expondrán un poco más en detalle las nuevas razones aportadas para sustentar la solicitud elevada a la Corte.

Los intervinientes comienzan por señalar el precedente constitucional sobre derechos de las parejas del mismo sexo contenido en las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007 y T-856 de 2007, así como la obligación internacional sobre igualdad de prestaciones y protecciones a las parejas del mismo sexo establecida en el Dictamen *X contra Colombia* del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Dado que estos argumentos han sido esgrimidos en los procesos constitucionales mencionados arriba, baste con indicar que, según los intervinientes, la sentencia C-075 de 2007 extendió a las parejas homosexuales el precedente constitucional de igualdad de trato y prohibición de no discriminación que hasta la fecha sólo era aplicable a los homosexuales en tanto que individuos. En esa medida, la Corte Constitucional estableció que, en adelante, el análisis de los casos de tratamiento distinto de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales debe realizarse a través de control constitucional estricto, con el fin de garantizar que el desarrollo pleno de las personas homosexuales no sea coartado por la ausencia de reconocimiento de la dimensión de pareja. La Corte indicó que, pese a las diferencias que existen entre las parejas homosexuales y heterosexuales, ambos tipos de parejas tienen unos requerimientos análogos de protección. Esta analogía puede explicarse en dos niveles. Las parejas homosexuales tienen los mismos requerimientos de protección que las parejas heterosexuales porque tienen el mismo valor y dignidad que estas últimas. La Corte señaló que la opción de conformar una pareja homosexual tiene pleno valor para el ordenamiento, porque es un ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre opción sexual, que ya no se restringen al ámbito individual³, sino que encuentran en la vida de pareja un ámbito imprescindible para su realización. De ese valor igual de las parejas se deriva una dignidad igual frente al ordenamiento constitucional, que implica un igual

³ Como lo había hecho la Corte Constitucional en sentencias como la T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

reconocimiento jurídico de ese valor, en aplicación del principio “*a igual dignidad igual protección*”.⁴

Consideran que el admitir que el control constitucional estricto se aplica a los tratamientos distintos de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales, y al aplicar dicho control al asunto del régimen patrimonial de compañeros permanentes propio de la ley 54 de 1990, la Corte estableció la siguiente *subregla*: “si bien le corresponde al legislador determinar la manera en que serán protegidas las parejas homosexuales, y aún cuando dicha protección puede ser distinta de aquella otorgada a las parejas heterosexuales –en razón de las diferencias existentes entre unas y otras parejas-, la ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad de las parejas homosexuales y el consecuente vacío legal de protección de las mismas constituye una violación del deber constitucional de otorgarles un mínimo de protección, y es además un tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales con respecto de las heterosexuales, pues ambas tienen necesidades análogas de protección.”.

Posteriormente la Corte declaró exequible el artículo 163 de la ley 100 de 1993, bajo el entendido que la afiliación a la salud se aplica también a las parejas del mismo sexo. En este caso, la Corte consideró que los criterios establecidos en la Sentencia C-075 de 2007 se aplican también al derecho de afiliación en salud. Para la Corte existe un déficit de protección de las parejas del mismo sexo que dependen económicamente de su pareja, lo cual vulnera la dignidad humana y el derecho a la igualdad, según la Corte: “la negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana”. Consideró además que esta medida no era proporcional, ni necesaria para proteger a la familia heterosexual, según la sentencia “la detección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no necesariamente implica la reducción de beneficios a la célula familiar, ni la disminución de los niveles de atención a los miembros de la pareja heterosexual”. Varios días después a través de acción de Tutela la Corte reiteró la doctrina constitucional mencionada.

El mismo precedente surge de los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, especialmente en el caso *X contra Colombia*⁵ de 14 de mayo de 2007. Para fundamentar su posición recuerdan los argumentos ya presentados dentro del expediente D-6947, en la demanda interpuesta por ciudadanos pertenecientes a Colombia Diversa, el Centro de Derecho, Justicia y Sociedad y el Grupo de Derecho de Interés Público de la universidad de los Andes. En todo caso, recuerdan que la orientación sexual es un criterio prohibido de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos.

Relevancia constitucional de la obligación alimentaria

⁴ Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁵ Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005. En adelante nos referiremos al dictamen como *X contra Colombia*.

Brevemente se resumirá el precedente constitucional sobre la obligación alimentaria y su relación con la materialización y garantía de los derechos fundamentales de las personas, así como el contenido legal de este derecho.

La Corte Constitucional ha definido el derecho de alimentos como “aquél que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos”⁶. En la Sentencia C-156 de 2003, también se ha precisado la relación de esta obligación con la vigencia de los derechos y su papel en el desarrollo de principios constitucionales.

Recuerdan que la Corte Constitucional en forma progresiva ha eliminado o adecuado las normas que establecían restricciones discriminatorias en relación con la obligación alimentaria. Indican que si bien podría argumentarse que la obligación alimentaria tiene como finalidad la protección de la familia, este argumento no es del todo cierto, ya que cómo lo ha afirmado la Corte Constitucional, la obligación alimentaria también encuentra fundamento en el principio de solidaridad y la equidad, y no sólo exclusivamente en la protección familiar.

Finalmente, encuentran preciso recordar que si bien el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en esta materia, la Corte Constitucional ha establecido que esta competencia tiene claros límites en los derechos fundamentales, especialmente en los derechos de protección y en los correlativos mínimos de protección a los cuales está constitucionalmente obligado el legislador, en la Sentencia C-075 de 2007 analizando los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo la Corte recordó su jurisprudencia al respecto.

En aplicación de las razones anteriores, encuentran que la restricción establecida por el legislador en la norma demandada viola los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Violación del derecho a la igualdad: Aplicación del test estricto de proporcionalidad al tratamiento distinto de las parejas del mismo sexo en materia de obligación alimentaria.

A su juicio la aplicación del test estricto exige que las normas acusadas cumplan con las siguientes condiciones: (i) pretender alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) ser necesarias para cumplir con ese objetivo y (iii) ser proporcionadas. Sin embargo, no parece existir ninguna finalidad constitucional imperiosa cuya protección dependa de esta exclusión. En efecto, si de una parte se llegara a sostener que la disposición parcialmente demandada protege a la familia, no queda claro porque amparar a la pareja

⁶ Sentencia C-919 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería .

homosexual afecta esta protección. Sin embargo, como lo ha señalado la propia Corte, las normas en materia de alimentos no tienen como único propósito amparar a la familia. También persiguen promover el principio de solidaridad, apoyo mutuo y equidad. Así por ejemplo, la pareja heterosexual sin hijos también tiene derecho a la obligación alimentaria no sólo por la protección familiar, sino también y principalmente por el principio de solidaridad. Por su parte, la obligación alimentaria establecida para quien recibe una donación cuantiosa para con su donante, tiene sustento constitucional en el principio de equidad. En consecuencia, puede afirmarse que existen múltiples objetivos constitucionales perseguidos por la obligación alimentaria, a saber, la protección de la familia, la solidaridad y la equidad y ninguno exige la exclusión de la pareja del mismo sexo dentro del ámbito de protección de la norma.

Es importante recordar además, que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional la pareja del mismo sexo comparte derechos de las parejas heterosexuales y de la familia (derechos patrimoniales y afiliación en salud), sin que esta coexistencia sea contradictoria con la definición de la familia tradicional.

Finalmente, encuentran que tampoco se cumplen ni el requisito de la necesidad ni el de la estricta proporcionalidad.

En suma, para los intervinientes la exclusión que efectúa la disposición demandada, no persigue un fin constitucional imperioso pero sin embargo si produce una severa afectación del derecho al mínimo vital y a los derechos patrimoniales de las personas que tienen o han tenido una pareja homosexual estable.

De esta manera, consideran que el actual régimen de protección en materia de obligación alimentaria en el cual las parejas homosexuales tienen un menor nivel de protección, está empleando un criterio discriminatorio como fundamento de ese trato diferenciado, pues éste no es ni necesario ni proporcional para alcanzar el objetivo de protección especial de la familia, el cual, por lo demás, no reviste tampoco el carácter de un objetivo constitucionalmente imperioso susceptible de justificar la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios del régimen de protección de la obligación alimentaria.

Por lo tanto, siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, si bien en principio el legislador goza de discrecionalidad para determinar el régimen de protección en la materia sometida a examen debe ser ofrecido a las parejas homosexuales, y aún cuando este régimen puede ser distinto de aquél ofrecido a las parejas heterosexuales –en razón de las diferencias que, en concepto de la Corte, existen entre esas parejas-, en ausencia de un régimen de protección especial a estas parejas resulta necesario, para evitar su discriminación, extenderles el régimen de protección previsto para las parejas heterosexuales, en razón de que unas parejas y otras tienen necesidades análogas de protección. Así, la discrecionalidad del legislador encuentra un límite en el deber constitucional de otorgar un mínimo

de protección a las parejas homosexuales, que gozan de igual dignidad que las parejas heterosexuales, y por ende no puede conducir a la falta de reconocimiento y a la consecuente desprotección total de las parejas homosexuales en materia de obligaciones alimentarias. Consideran que la norma acusada ha trasgredido ese límite, pues no consagran ningún tipo de protección para las parejas homosexuales, por lo cual la norma debe ser declarada exequibles condicionadamente en el entendido de que incluyen también a las parejas del mismo sexo.

Por las razones esgrimidas encuentran que la disposición mencionada vulnera el derecho a la dignidad humana, mínimo vital y libre desarrollo de la personalidad, en los mismos términos en los cuales tal vulneración fue declarada por la Sentencia C-075 de 2007.

Indican que los integrantes de las parejas del mismo sexo tienen al igual que los integrantes de la pareja de distinto sexo necesidades relativas al sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación, entre otros. Conviene recordar, a pesar de lo obvio del argumento, que la orientación sexual de una persona no incide en las necesidades de subsistencia. Ahora bien, es preciso recordar que las parejas del mismo sexo son una realidad social, legítima y han sido amparadas por la Constitución Política. Adicionalmente, son parejas donde se desarrolla el principio de solidaridad, apoyo y socorro mutuo. En consecuencia, al tener las mismas necesidades y contingencias, deben tener las mismas protecciones por parte del Estado.

Para Colombia Diversa es claro que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección de la obligación alimentaria hace parte del régimen patrimonial de la pareja. La integridad patrimonial se ve afectada ya que cómo lo enfatiza la demandante el artículo 3 de la Ley 54 de 1990 prescribe que el patrimonio conjunto se conforma por el trabajo, apoyo y socorro mutuo, por tanto, quien aporta con su trabajo doméstico u otros aportes a la sociedad patrimonial de la pareja del mismo sexo, se ve desprotegido en caso de negligencia de su compañero/a en la provisión de los alimentos necesarios para su subsistencia. Esta situación conduce a que el integrante de la pareja que está en debilidad económica, a pesar de aportar con su trabajo a la sociedad patrimonial, no es protegido por la legislación penal y civil sobre alimentos. Según lo expuesto la inconstitucionalidad de esta norma es aún más grave que en otros casos ya que el Estado claudica en la protección de las personas que se encuentran en debilidad manifiesta y en sancionar los abusos que contra ellas se cometan.

Señalan que la estructura del derecho de alimentos es útil para mostrar como en el caso de las parejas del mismo sexo y de las parejas heterosexuales son necesarias medidas análogas de protección. El derecho de alimentos tiene la siguiente estructura: en primer lugar, la obligación alimentaria nace del principio de solidaridad; en segundo término, tiene como finalidad la subsistencia y la posibilidad de llevar una vida digna; en tercer término, hay una persona que necesitaría los alimentos y finalmente, hay una persona que está en capacidad de darlos. Cada uno de estos criterios se cumple en ambas clases de pareja, pero a pesar de existir la situación de hecho no hay norma

jurídica que obligue a los alimentos para las parejas del mismo sexo, situación claramente discriminatoria, ya que a la misma situación de hecho, para un grupo de personas tiene consecuencia jurídica y para el otro grupo no. La falta de norma jurídica en la protección de la obligación alimentaria para parejas del mismo sexo es precisamente la omisión legislativa que se acusa en la demanda objeto de esta intervención.

Finalmente, consideran indispensable que la Corte Constitucional fije criterios no sólo para que las parejas del mismo sexo tengan derechos, cómo lo ha hecho en sentencias anteriores, sino que también fije criterios para los deberes y las responsabilidades de estas parejas. No es coherente reconocer derechos, sin reconocer los correlativos deberes. Por tanto, este estudio de constitucionalidad debe tener en cuenta que para mantener relaciones justas y equitativas entre las parejas del mismo sexo, es indispensable reconocer tanto sus derechos como sus responsabilidades y deberes. Una interpretación contraria llevaría a la perversidad de tener una pareja a la cual se le exige un comportamiento responsable (pareja heterosexual) y otra en la cual es posible evadir responsabilidades (pareja del mismo sexo), situación a todas luces inconstitucional según lo señalado en el Artículo 95 de la Constitución, relativo a los deberes de la persona. La pareja, no importa que forma asuma, ni el sexo u orientación sexual de sus integrantes debe tener un comportamiento responsable.

En todo caso, si la Corte Constitucional accede a las pretensiones de la demandante en este caso sólo podría exigirse el derecho alimentario, cuando esté demostrada la condición de integrante de pareja del mismo sexo, situación que se ha abordado tanto para los derechos patrimoniales como para la afiliación en salud.

Por las razones expuestas solicitan, como pretensión principal, que se declare la exequibilidad condicionada de la totalidad del Artículo 1° de la Ley 1181 de 2007 por el cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, así como del Artículo 411 del Código civil tal y como fue modificado por la Sentencia C-1033 de 2002, en el entendido que el régimen de protección en materia alimentaria contenido en estas normas se aplica también a las parejas del mismo sexo. Como pretensión subsidiaria, que se declare la inexecutable de las expresiones hombre y mujer contenidas en el parágrafo 1° del Artículo 1° de la Ley 1181 de 2007 por el cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, y declarar la exequibilidad condicionada del parágrafo en el entendido que el régimen de protección contenido en esta norma se aplica también a las parejas del mismo sexo.

3. INTERVENCIÓN DE LA COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS

Gustavo Gallón Giraldo, en su calidad de Director de la Comisión Colombiana de juristas, con la coadyuvancia de Fátima Esparza Calderón, Coordinadora del área de Promoción y Debates de la Comisión Colombiana de juristas y Astrid Orjuela Ruiz, Abogada del área de Promoción y Debates de la Comisión Colombiana de juristas, en atención a la solicitud hecha por la Corte

Constitucional, intervinieron en el presente proceso para coadyuvar las pretensiones de la demanda.

A su juicio, el párrafo 1° del artículo 1° de la ley 1181 de 2007, al no incluir a las parejas homosexuales como destinatarias de la sanción por el incumplimiento de la obligación de alimentos, desconoce los derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, así como la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional al respecto, generando impactos negativos para una minoría, la comunidad homosexual en Colombia.

A juicio de los intervinientes, la igualdad de derechos que ha sido reconocida para las personas homosexuales, tanto individualmente como consideradas en pareja, implica a su vez que exista igualdad de obligaciones y deberes entre ellas y las parejas heterosexuales, pues de nada sirve el reconocimiento de derechos sin el correlativo reconocimiento de deberes y de consecuencias a su incumplimiento.

Ahora bien, de acuerdo con la Corte Constitucional, la obligación alimentaria se sustenta en el principio de la solidaridad, de modo que las parejas homosexuales, fundadas en la obligación de ayuda y socorro mutuo, al igual que las uniones maritales de hecho, deben ser destinatarias de la obligación alimentaria⁷. Esto no quiere decir que la penalización del incumplimiento de la obligación alimentaria sea un efecto deseable. Sin embargo, la Corte Constitucional la ha encontrado justificada en el hecho de que el incumplimiento de esta obligación pone en riesgo la subsistencia de la persona a la que se le deben⁸.

Por ello, tratándose de parejas homosexuales, en las cuales la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria pueda poner en riesgo la subsistencia de uno de los compañeros, debe ser exigible la obligación de alimentos y sancionable su incumplimiento.

Para fundamentar su solicitud hacen un cuidadoso recuento de la jurisprudencia constitucional en materia de protección a las parejas del mismo sexo y concluyen que según el precedente constitucional cualquier discriminación fundada en el sexo se presume inconstitucional y por ello su control debe ser mucho más estricto. Además del precedente constitucional recuerdan que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya se pronunció sobre estos temas en el caso "*X contra Colombia*"⁹, decisión en la que dicho Comité concluyó que el Estado colombiano violó el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al negar la petición de sustitución pensional argumentando que ésta sólo era aplicable a parejas heterosexuales.

Señalan los intervinientes que la norma demandada vulnera el derecho a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, derechos

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-016 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-237 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁹ Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.

reconocidos por la Constitución de 1991 y por diferentes tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Estas normas, como lo ha establecido la Corte Constitucional, se encuentran incorporadas al bloque de constitucionalidad en virtud del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, el cual ordena que los derechos consagrados en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Entienden vulnerado el derecho a la dignidad por cuanto la protección por vía legal del cónyuge que padece inasistencia alimentaria tiene un correlato constitucional, fundado en el derecho a la dignidad humana. El ámbito de tutela de este derecho recae sobre las condiciones concretas necesarias para desarrollar el proyecto de vida en circunstancias dignas, que aseguren un bienestar material básico, evidentemente asociado al derecho a un mínimo vital. En ese sentido, la penalización de la inasistencia alimentaria constituye un mecanismo legal de protección del derecho a la dignidad humana, gravemente afectado por el incumplimiento de dicha obligación civil, tanto en parejas homosexuales como heterosexuales.

Adicionalmente, encuentran que los derechos a la igualdad y la no discriminación "son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos", como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)¹⁰. Indican que existe una exigencia constitucional de no discriminar a las personas homosexuales en el ejercicio de sus derechos y obligaciones únicamente en razón de su opción sexual. Hacerlo implicaría una discriminación prohibida por la Constitución Política y las normas internacionales.

En el caso concreto de la obligación de alimentos entre compañeros permanentes, resulta inconstitucional que de tal deber que se dirige a proteger la subsistencia de una persona se excluya a las parejas del mismo sexo, por el solo hecho de ser tales, pues ello implicaría que la protección a la subsistencia se reserva solamente a personas heterosexuales, lo cual carece de toda justificación a la luz de la Constitución de 1991.

Finalmente, encuentran vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Indican que es obligación del legislador garantizar a las personas homosexuales el pleno ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al no hacerlo está contradiciendo principios fundamentales del Estado Social de Derecho y derechos consagrados en la Constitución Política.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Por las razones anteriores coadyuvan la demanda y solicitan a la Corte una amplia explicación sobre el alcance del derecho a la igualdad, tratándose de parejas homosexuales, en relación con el deber de alimentos.

4. INTERVENCIÓN DE HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA, JEFE DEL ÁREA DE DERECHO PÚBLICO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA SABANA

Hernán Alejandro Olano García, Jefe del área de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, presentó, por invitación de la Corte dirigida a la mencionada Universidad, su posición personal en relación con el proceso de la referencia. En el concepto enviado solicita a la Corte declarar la inexecutable de la disposición parcialmente cuestionada.

Comienza el profesor por señalar que la cuestión planteada debe ser resuelta acudiendo a las normas, doctrina y conceptos aplicables al caso, como los artículos 2535 a 2541 del Código Civil; Artículos 83, 84, 233, 234 y 235 del Código Penal y la Ley 1181 de 2007 que modificó el artículo 233 del citado Código; Artículos 31 a 37 del Código de Procedimiento Penal; Ley 449 del 4 de agosto de 1998 por medio de la cual Colombia ratificó La Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, aprobada en Montevideo, el 15 de julio de 1989; Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

Señala que si bien el título de los alimentos es la ley, para que la obligación sea exigible debe constar en documento (o título ejecutivo). Adicionalmente, recuerda que el delito de inasistencia alimentaria para personas mayores requiere querrela de parte que procede ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el título valor mencionado.

Señala que “la Constitución Política Colombiana tiene dentro de sus pilares la tolerancia por el pluralismo, siempre que cada individuo dentro de éste margen respete a su vez el bien común y los derechos de terceros. En este sentido los poderes públicos, y en especial el legislativo, tienen la tarea de hacer acatar este principio y a su vez la diferencia, promoviendo los mecanismos para que las personas que puedan llegar a sufrir discriminaciones en algún sentido, hagan valer sus derechos como garantía a los principios fundantes del Estado Social de Derecho. // A su vez el Estado Colombiano tiene la necesidad de reconocer estos fenómenos actuales, pensando en el bienestar de las generaciones presentes y futuras. En este sentido, la sociedad colombiana no puede ser ajena a una realidad que se presenta en su interior, como es la convivencia de las parejas del mismo sexo, que por no poseer regulación propia para precisar los efectos patrimoniales generados por la misma, tienen que acudir a figuras jurídicas inapropiadas o simplemente adaptarse a las decisiones que por vía judicial sean tomadas para estos casos.”. En consecuencia encuentra que el legislador debe regular los efectos patrimoniales de estas parejas, estableciendo entre ellas un régimen patrimonial especial.

Indica que la "Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias", hecha en Montevideo, el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), aprobada por Colombia mediante la Ley 489 de 1998, y revisada por la Corte Constitucional en la sentencia C-184 de 1999, señala en sus artículos 1 y 3, que las obligaciones alimentarias se aplican fundamentalmente respecto de menores y entre cónyuges o quienes hayan sido tales. Sin embargo, el artículo 3 acepta que el Estado puede declarar que se aplica entre otros acreedores o señalar el grado de parentesco y el vínculo legal que determinen la calidad de acreedores. Considera que de este artículo 3° se desprende la posibilidad de asignar y hacer nacer la obligación alimentaria entre parejas homosexuales. En consecuencia, concluye que "debe prosperar la pretensión de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, párrafo 1° de la Ley 1181 de 2007, promovida por la ciudadana Lena del Mar Sánchez Valenzuela, ante la H. Corte Constitucional."

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2, y 278, numeral 5 de la Carta Política, el señor procurador General de la Nación procedió a rendir concepto en relación con la demanda de la referencia. A juicio del Procurador, la Corte debe declararse inhibida por ineptitud sustancial de la demanda.

Recuerda el Procurador que la Corte ha señalado en numerosas oportunidades que el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, por regla general, releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental. No obstante, la acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, esto es, debe estar sustentada en forma suficiente para iniciar un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal.¹¹

Para el Procurador los cargos formulados no son específicos, ni pertinentes ni tampoco suficientes y no permiten un pronunciamiento de fondo sobre el citado artículo 1. A su juicio, para poder estudiar la disposición demandada es necesario estudiar en primer término las disposiciones que imponen la obligación (civil) de carácter alimentario, normas que no fueron demandadas. Señala que el hecho de estar haciendo vida en pareja "con carácter de permanencia", no impone por sí solo a los compañeros permanentes del mismo sexo la obligación alimentaria cuyo incumplimiento está penalizado en la disposición demandada.

¹¹ Sentencia C-1052 de 2001 y Sentencia C-1256 de 2001.

Indica que el derecho de alimentos es aquel que le asiste a ciertas personas para exigir de otras el suministro de lo necesario para vivir, cuando ellas mismas no tienen la capacidad ni los medios para procurárselo por si mismas y está reconocido y reglamentado por el Código Civil. La obligación de dar alimentos y los derechos que de ella surgen tiene unos medios de protección efectiva en las disposiciones civiles (artículos 411 a 427 de Código Civil); el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto, y el trámite judicial para reclamar alimentos para menores y mayores de edad (Artículos 129 a 135 del Código de la Infancia y la Adolescencia y 435 a 440 del Código de Procedimiento Civil) todo lo cual permite al beneficiario de la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía ante las autoridades civiles o administrativas, cuando el obligado elude su responsabilidad.

En virtud de lo anterior, considera que para que se configure el tipo penal, debe primero establecerse la obligación legal, y no como lo pretende la demandante, que mediante la interpretación de la norma acusada, se establezca la responsabilidad penal directamente.

Señala que la prestación de alimentos es una obligación de carácter legal que involucra derechos fundamentales entre otros el derecho a la vida digna y al mínimo vital pero esta obligación como lo ha señalado la Corte¹², supone como cualquier otra la existencia de una situación de hecho que, por estar contemplada en una norma jurídica genera consecuencias en el ámbito del derecho. La asignación de responsabilidad por la inasistencia alimentaria remite necesariamente a la obligación legal que impone dicha prestación legal, por lo que para el Procurador, la decisión que pudiera tomarse sobre la norma demandada en caso de ser declarada inexecutable resultaría una decisión inocua, además de violatoria del artículo 29 de la Carta Política que establece "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa", por la sencilla razón que si no existe la previsión civil legal en la que se indique a quienes se les deben alimentos (como ocurre con la pareja del mismo sexo) mal podría exigirse una responsabilidad penal por su renuencia o incumplimiento.

Así las cosas, considera que los cargos formulados por la demandante no cumplen con las exigencias materiales que debe reunir toda demanda de constitucionalidad, especialmente los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia.

No obstante esta solicitud de inhibición en el caso estudiado, la Procuraduría considera que el legislador, con miras a hacer efectivo el derecho de igualdad, debe proferir las disposiciones encaminadas a establecer como titular de la obligación alimentaria, la pareja de una relación permanente, sin importar si se trata de una relación de convivencia con una persona del mismo sexo, pero, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales para que se configure la obligación alimentaria.

¹² Sentencia C-919 de 2001

En mérito de lo expuesto, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional declararse INHIBIDA para decidir de fondo en relación con el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, que modificó el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, corresponde a esta Corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra un aparte de una disposición que forma parte de una Ley.

Problema jurídico

2. La demanda estudiada, a la luz de las intervenciones reseñadas y especialmente del concepto del Ministerio Público, plantea a la Corte dos problemas jurídicos. En primer lugar, debe la Corporación definir si en el ordenamiento jurídico vigente existe la obligación alimentaria entre las parejas compuestas por personas del mismo sexo. Si no fuera así debería la Corte resolver si procede la integración de la unidad normativa con las normas civiles correspondientes – como lo solicita Colombia Diversa – o la inhibición por ineptitud sustancial de la demanda, como lo solicita el Procurador. Sin embargo, si la Corte encontrara que el ordenamiento jurídico ya establece tal obligación, debería preguntarse si resulta ajustado a la Carta que el incumplimiento de la obligación alimentaria tenga consecuencias penales cuando afecta a uno de los miembros de la pareja heterosexual y no las tenga cuando afecta los derechos de uno de los miembros de la pareja homosexual. Procede la Corte a resolver las cuestiones planteadas.

Existencia de la obligación alimentaria en cabeza de los compañeros permanentes

3. Tanto el Procurador General de la Nación como la organización Colombia Diversa ponen de presente a la Corte el hecho de que la demanda cuestiona la disposición que establece las consecuencias penales del incumplimiento de una obligación, sin mencionar la disposición civil que consagra la citada obligación. En este sentido, encuentran que antes de proceder a adoptar una decisión sobre la norma demandada, sería necesario identificar si las personas del mismo sexo que integran una unión marital de hecho, tienen a su cargo la obligación alimentaria.

Para el Procurador, la ausencia de este dato en la demanda, obliga a la Corte a declararse inhibida para conocer de la misma. Para Colombia Diversa, por el contrario, lo que corresponde es integrar la unidad normativa con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Civil, disposición que establece a cargo de quien existe la obligación de dar alimentos. Procede la Corte a estudiar esta primera cuestión.

4. La norma parcialmente demandada señala que la responsabilidad penal por el incumplimiento de la obligación alimentaria corresponde al hombre y la mujer que integran una unión marital de hecho, “en los términos de la Ley 54 de 1990”.

La disposición acusada establece uno de los efectos del incumplimiento de la obligación civil consagrada en el numeral 1 del artículo 411 del Código Civil, tal y como resultó interpretado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1033 de 2002. En efecto, el citado artículo 411 del Código Civil señala quienes son las personas obligadas y beneficiarias de la obligación alimentaria, de la siguiente manera:

TITULO XXI.
DE LOS ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY A CIERTAS
PERSONAS.

ARTICULO 411. TITULARES DEL DERECHO DE ALIMENTOS.

Se deben alimentos:

1o) Al cónyuge. (subraya fuera del original)

2o) A los descendientes.

3o) A los ascendientes.

4o) A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa. (Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 1a. de 1976)

5º) A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales. (Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968)

6o) A los Ascendientes Naturales. (Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968)

7o) A los hijos adoptivos.

8o) A los padres adoptantes.

9o) A los hermanos.

10) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue.

5. La expresión subrayada fue objeto de una decisión de constitucionalidad condicionada a través de la Sentencia C-1033 de 2002. En dicha decisión, la Corporación señaló que establecer la obligación alimentaria sólo para los cónyuges discriminaba a las parejas no casadas, es decir, a las uniones maritales de hecho. Por esta razón, la Corte declaró **EXEQUIBLE** *el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho.*”. En consecuencia, en la actualidad, se deben alimentos al cónyuge y al compañero permanente cuando existe unión marital de hecho en los términos de la ley 54 de 1990 tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005.

6. La Corte ha reconocido que la obligación alimentaria se fundamenta, esencialmente, en el principio de solidaridad. Adicionalmente, al aparejar una obligación de dar a favor de la parte más débil de la relación, no parece discutible que esta obligación integra el régimen patrimonial de dicha relación. En efecto, el derecho a la asistencia alimentaria, como lo señalan

acertadamente los intervinientes, ha sido definido por la Corte como “aquél que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos”¹³.

7. Ahora bien, el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho – aquellas dentro de las cuales rige el deber de alimentos - se encuentra recogido en la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. Como se sabe, la sentencia C-075 de 2007, la Corte declaró exequible la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección de los derechos patrimoniales de los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho, se aplica también a las parejas homosexuales. En efecto, al respecto señaló la Corte en la citada decisión:

“6.3.A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.”¹⁴

8. La interpretación sistemática de las disposiciones antes mencionadas y las decisiones judiciales citadas, no arroja ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. En efecto, la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1 del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. Como lo ha señalado la Corte, el dato sobre la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja y por consiguiente no puede ser utilizado, al menos en principio y salvo alguna poderosa razón fundada en objetivos constitucionales imperativos, para diferenciarla.

9. En virtud de lo anterior, la Corte encuentra que no resulta procedente la solicitud del Procurador. En efecto, en el ordenamiento jurídico las uniones de

¹³ Sentencia C-919 de 2001

¹⁴ Sentencia C-075 de 2007

hecho de parejas del mismo sexo tienen obligaciones y derechos patrimoniales iguales a los que tienen las uniones constituidas por parejas de distinto sexo. En consecuencia, como ya se mencionó, la interpretación sistemática del numeral 1 del artículo 411 del Código Civil no arroja ninguna duda sobre el alcance de dicha disposición y su aplicación a las parejas heterosexuales u homosexuales, siempre que reúnan las condiciones establecidas por la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. Tampoco parece necesario entonces acceder a la solicitud de Colombia Diversa, pues si el artículo 411-1 citado se refiere a los compañeros permanentes y éstos deben tener las mismas obligaciones y derechos patrimoniales con independencia de su orientación sexual o de si integran una pareja homosexual o heterosexual, pues está claro que tal norma se aplica a las parejas integradas por personas del mismo sexo cuando reúnan las condiciones exigidas por la ley para la integración de una unión marital de hecho. En estos términos procede la Corte a adelantar el estudio de fondo de la disposición parcialmente demandada.

Alcance de la disposición demandada y estudio del problema de igualdad planteado: existencia de un déficit de protección legal que no encuentra justificación constitucional

10. La disposición demandada establece una consecuencia penal para el incumplimiento de la obligación alimentaria de quienes integran una unión de hecho conformada en los términos de la Ley 54 de 1990. En este sentido, una primera interpretación sistemática de esta disposición conduciría a sostener que si bien la norma se refiere al hombre y la mujer, no necesariamente indica que la unión marital cuyos deberes regula debe estar integrada por un hombre y una mujer. Esta interpretación podría verse reforzada en el hecho de que la propia disposición remite a lo dispuesto en la ley 54 de 1990, que tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005 e interpretada por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, ordena, para efectos patrimoniales, dar igual tratamiento a las uniones maritales de hecho sin importar la opción sexual de las personas que la integran. Dado que la norma es posterior a la sentencia constitucional citada y que su texto es relativamente ambiguo, esta interpretación amplia podría tener algún sustento.

11. Sin embargo, una lectura más apegada al texto de la disposición demandada podría conducir a la interpretación que subyace a la demanda. En efecto, la disposición indica textualmente que: “Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.”

Esta segunda interpretación - más sujeta al texto de la norma-, podría conducir a entender que la unión marital de hecho a la que se refiere debe estar formada por un hombre y una mujer, con lo cual quedarían excluidas las parejas del mismo sexo. Dada esta posible interpretación, procede la Corte a realizar el juicio de constitucionalidad correspondiente.

12. Se pregunta la Corte si vulnera la Constitución la disposición legal que confiere consecuencias penales al incumplimiento de la obligación alimentaria

a cargo de uno de los miembros de una unión de hecho cuando esta es integrada por dos personas de distinto sexo y, sin embargo, no otorga la misma garantía reforzada al incumplimiento de la misma obligación por uno de los miembros de una unión de hecho integrada por dos personas del mismo sexo.

13. Como ya se mencionó, la obligación alimentaria hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho. En consecuencia, al ser un aspecto del régimen patrimonial debe estar regulada, al menos en principio, de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales y de las parejas heterosexuales. A este respecto la Corte ya ha establecido una doctrina coherente, consistente y reiterada, en virtud de la cual el déficit de protección de las parejas homosexuales en materia patrimonial no encuentra justificación constitucional alguna y debe ser corregido de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Constitución. Al respecto resulta pertinente citar *in extenso* la doctrina constitucional vigente¹⁵:

3. Protección de los derechos de la pareja del mismo sexo y alcances de la Sentencia C-075 de 2007

En materia de derechos de las personas homosexuales, la Corte Constitucional ha garantizado el derecho individual a la libre opción sexual como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y consecuencia de la prohibición de discriminación impuesta por la Carta. Así lo señaló en las sentencias T-097 de 1994¹⁶, T-539 de 1994¹⁷, T-101 de 1998¹⁸, C-481 de 1998¹⁹ C-507 de 1999²⁰, T-268 de 2000²¹, C-373 de 2002²² T-435 de 2002²³ y T-301 de 2004²⁴.

En reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional adicionalmente confirió a las parejas del mismo sexo la posibilidad de obtener el reconocimiento de los efectos patrimoniales de sus uniones de hecho.

En efecto, en Sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional declaró condicionadamente exequibles algunos apartes de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 -tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005- que definían el concepto de unión marital de hecho como la unión de un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular²⁵.

(...)

¹⁵ La cita corresponde a la Sentencia C-811 de 2007. Esta doctrina se encuentra más recientemente reiterada en la sentencia C-336 de 2008

¹⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁷ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

¹⁸ M.P. Fambio Morón Díaz

¹⁹ M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁰ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

²¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero

²² M.P. Jaime Córdoba Triviño

²³ M.P. Rodrigo Escobar Gil

²⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett

²⁵ Aclaración de voto de los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla. Salvamento de Voto del magistrado Jaime Araújo Rentería. Los magistrados Escobar, Monroy y Pinilla apoyaron la decisión mayoritaria, pero sobre la base de que el reconocimiento de los efectos civiles a las uniones de hecho de parejas del mismo sexo no implica reconocimiento de que constituyen familia. El magistrado Córdoba apoyó la decisión de fondo, pero advirtió que su voto no avala ni descalifica tratos diferenciados que puedan ser otorgados por el legislador a las parejas homosexuales. El magistrado Araujo se apartó de la decisión pues estimó que la sentencia debió haber reconocido la plenitud de los derechos de las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo.

A juicio de la Corte, “*hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicán de la pareja heterosexual*”. (...)

(...)

Al respecto, el fallo resaltó que “*...la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se desprende de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación.*²⁶ Más allá de esa dimensión normativa, sin embargo, como se expone en la demanda y se ha manifestado en distintas oportunidades por la jurisprudencia constitucional, pronunciamientos de distintas instancias internacionales y Tribunales de diferentes Estados han avanzado en la definición del ámbito de protección de la persona y de la pareja homosexual, y en la identificación de factores que pueden considerarse discriminatorios en función de la orientación sexual de las personas”.

Sobre este mismo particular, enfatizó:

“Específicamente se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría ‘orientación sexual’, la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación²⁷, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto.²⁸” (Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

(...)

La Corte, en suma, estudió la constitucionalidad de las disposiciones acusadas a la luz de la omisión de un deber de protección, matizado por la vigencia de derechos como la libre opción sexual, manifestación del libre desarrollo de la personalidad y el principio de no discriminación constitucional.

En el caso de la regulación de los efectos patrimoniales de la pareja, la Corte

²⁶ La Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’ establece que ‘*todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*’ (art. 24). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que ‘*todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*’ (art. 26)

²⁷ Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

²⁸ Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000.

constató que la denominada “*unión marital de hecho*”, constituye un régimen de protección para parejas heterosexuales, que excluía de suyo la opción homosexual. Esta exclusión, a juicio de la Corte, resultaba injustificada a la luz de los principios constitucionales, pues, más allá del respeto por la libertad de configuración del legislador, éste debe garantizar la protección de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y evitar cualquier forma de discriminación

(...)

La Corte acuñó entonces la expresión “*déficit de protección*” para referirse a aquel vacío del régimen que desampara a individuos cuya protección es un imperativo constitucional. Sostuvo al respecto que en el caso del régimen patrimonial, dicho déficit se producía por el desconocimiento que el legislador hacía de la realidad fáctica de la pareja homosexual, “*de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación sino es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja*”.

Sobre el particular, la Corte dijo:

“Dicho de otra manera, la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación”. (Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil)”

14. En el presente caso la Corte se enfrenta a una ley que confiere un tratamiento diferenciado en materia de derechos y deberes patrimoniales a los miembros de la pareja heterosexual respecto de los miembros de la pareja homosexual. El tratamiento diferenciado representa, como ya ha sido mencionado, un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria. En virtud de la doctrina de la Corte, un tratamiento de esta naturaleza resulta, en principio, sospechoso. Por esta razón, su evaluación constitucional debe estar sometida a un juicio de proporcionalidad estricto. En consecuencia, como ya lo ha señalado la Corte, en estos casos es necesario identificar si la diferenciación legal persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa y si es necesaria, útil y estrictamente proporcionada para alcanzarla. Si no fuera así, la ley estaría vulnerando, cuando menos, el principio de no discriminación y debería merecer el correspondiente reproche de inconstitucionalidad.

15. Se pregunta la Corte si la norma que excluye de la protección penal reforzada en materia de alimentos, al miembro más débil de la unión de hecho integrada por dos personas del mismo sexo, persigue una finalidad constitucionalmente imperativa.

Luego de indagar en los antecedentes de la disposición demandada, en los debates que le dieron origen o en la justificación o motivación de los autores

de la iniciativa²⁹, no encuentra la Corte una sola referencia que le permita identificar cual es la finalidad imperiosa que se persigue al dejar a los miembros más débiles de las parejas del mismo sexo sin la protección reforzada que se confiere a los miembros más débiles de las parejas heterosexuales.

Al igual que en casos que han sido estudiados con anterioridad por esta Corte, la Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la desprotección de la pareja heterosexual. En este, como en casos anteriores, la corrección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no tiene como efecto, desde ningún punto de vista, la disminución de la protección a los miembros de la pareja heterosexual.

16. Los argumentos anteriores demuestran la evidente inconstitucionalidad de las expresiones de la disposición demandada que excluyen de la protección reforzada al miembro más débil de la relación de pareja constituida por dos personas del mismo sexo. En consecuencia, para eliminar la discriminación advertida y el consecuente déficit de protección, la Corte declarara inexecutable la expresión *únicamente* contenida en la disposición parcialmente demandada, y executable el resto de la disposición en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEQUILIBRE la expresión *únicamente* contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, y EQUILIBRE el resto de esta disposición en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Presidente

²⁹ Cfr. Gaceta del Congreso 179, 252, 331, 396 y 582 de 2007.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado
Con aclaración de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado
Con salvamento de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Con salvamento de voto

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-798 DE 2008 DEL
MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERIA**

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-No integración
(Salvamento de voto)

Para que en una demanda de inconstitucionalidad quepa un pronunciamiento de fondo es preciso que el actor dirija la acusación, de manera específica, contra la disposición que se estima contraria a la Constitución. En el presente caso la norma acusada establece una sanción penal por el incumplimiento de una obligación civil, y en ausencia de obligación civil, ningún reproche cabría hacerle al precepto penal. Para que la Corte pudiera estudiar la disposición demandada el presupuesto ineludible era que se hubiese establecido la existencia de una obligación civil de carácter alimentario en cabeza de los integrantes de una pareja homosexual, lo cual remitía a la consideración del artículo 411 del Código Civil, norma que no fue demandada.

**SENTENCIA INHIBITORIA POR INEXISTENCIA DE
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA** (Salvamento de voto)

Sólo la consideración conjunta de las normas penal y civil relacionadas permitiría un pronunciamiento de fondo y al no haberse demandado una de ellas, el fallo debía ser inhibitorio

DEFICIT DE PROTECCION-Existencia no conlleva la exigencia de igualdad de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales/**DEFICIT DE PROTECCION**-Obliga al examen en cada caso de la diferencia de regulación (Salvamento de voto)

Al proferir la sentencia C-075 de 2007, la Corte tomó como punto de partida, no la afirmación sobre la exigencia de igualdad de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales, lo cual habría conducido a predicar la necesidad de que exista una identidad de régimen jurídico para unas y otras, sino la existencia de un déficit de protección para los integrantes de las parejas homosexuales en relación con el patrimonio común, que hacía necesaria la actuación del juez constitucional para evitarlo. La Corte en la sentencia C-075 de 2007 reafirmó su jurisprudencia en torno a la diferencia ente una y otra clase de parejas y sobre la ausencia de un imperativo constitucional de identidad de régimen, razón por la cual señaló que ello hacía necesario que, en cada caso concreto se examinara si la diferencia de regulación entre una y otra clase de parejas resultaba contraria a la Constitución. De acuerdo con esta sentencia no cabe una consideración general que haga extensivo el tratamiento que la ley ha previsto para las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales, porque es preciso establecer en cada caso si existe un imperativo constitucional conforme al cual el trato deba ser equivalente.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia de sentencia aditiva (Salvamento de voto)

El artículo 411 del Código Civil no establece una obligación alimentaria para los integrantes de parejas del mismo sexo, por consiguiente, para poder establecer si el artículo demandado era contrario a la Constitución por excluir de su ámbito de protección a las parejas homosexuales, era preciso determinar primero si el régimen del artículo 411 debía aplicarse de manera extensiva con el propósito de subsanar un déficit de protección predicable en relación con tales parejas, por cuanto de la sola diferencia de régimen, ante situaciones que son connaturalmente distintas entre sí, no se sigue la existencia de un trato discriminatorio.

SENTENCIA ADITIVA-No puede alterar los elementos estructurales de tipos penales/**SENTENCIA ADITIVA**-Aumenta campo de punibilidad de inasistencia alimentaria (Salvamento de voto)

No es posible alterar los elementos estructurales de los tipos penales mediante sentencias aditivas o condicionadas y en estos casos, cuando se establezca una omisión realmente inequitativa en un tipo penal, que resulte impropia desde el punto de vista constitucional, lo que eventualmente procedería, es un exhorto al legislador. En este caso la Corte, mediante una sentencia aditiva, resolvió aumentar el campo de punibilidad de la norma acusada, incluyendo en él a los integrantes de la pareja homosexual.

Referencia: Expediente D-7177

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, modificatorio del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal)

Magistrado Ponente:

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto al presente fallo, mediante el cual se decide declarar INEXEQUIBLE “la expresión unicamente contenida en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, y EXEQUIBLE el resto de esta disposición en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo”, ya que si bien me encuentro de acuerdo con la decisión adoptada considero necesario reiterar aquí mi posición jurídica en cuanto a la protección integral de los derechos de las parejas del mismo sexo.

Para este magistrado este es un debate que ya se ha dado anteriormente en esta Corte. Por tanto, me permito reiterar que la única forma de familia no es sólo la que surge del matrimonio y que las parejas de homosexuales conforman una familia a la cual debe reconocérsele todos los derechos sin excepción ni restricción ninguna.

1. En este orden de ideas, me permito en primer término, reiterar aquí nuevamente los argumentos expuestos por este magistrado en numerosas oportunidades cuando del reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales se ha tratado³⁰, en cuanto al concepto de familia y la protección integral de los derechos de las parejas del mismo sexo.

A este respecto este magistrado ha sostenido:

“

3. El concepto de familia

A mi juicio, el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer. El término “o” consagrado en el art. 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. Por tanto, las uniones maritales de hecho deben tener, en mi concepto, los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

El concepto de familia del artículo 42 debe armonizarse con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, y si se presenta choque o colisión entre ellos se debe dar una primacía a los principios fundamentales. De otra parte, la Constitución habla de la familia y no dice que es hombre o mujer, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable. A mi juicio, al concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer.

En este sentido, me permito reiterar mi tesis respecto de que la conformación de una familia puede realizarse por diferentes caminos³¹: el matrimonio, la voluntad de los miembros de la pareja, ya que en mi criterio, la Constitución no contempla una sola forma de familia, ya que inclusive la familia puede estar constituida por una mujer sola con su hijo. Afirmando, que definida una categoría jurídica, en este caso, la de la familia, deben concederse entonces los mismos efectos jurídicos tanto para las familias conformadas por parejas heterosexuales como para las conformadas por homosexuales.

Por tanto, a mi juicio, la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que

³⁰ Ver Salvamentos y Aclaraciones de Voto del suscrito magistrado a las Sentencias C-814 del 2001, C-821 del 2005, C-1032 del 2006, C-075 del 2007, C-521 del 2007, C-811 del 2007 y C-755 de 2008.

³¹ Ver Salvamento de Voto a la Sentencia C-841 del 2001.

conducen a la familia, 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 matrimonio es apenas una de las entradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos.

La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio; por ejemplo la mujer que va a un banco de espermias y se insemina artificialmente sin saber ni importarle siquiera quien generó el esperma y concibe uno o más hijos de esta manera; no hay duda que esta mujer y sus hijos constituyen una familia aunque no haya detrás de ella un matrimonio (esto es un evento de vínculo natural). El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico).

La tercera vía para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo.

La Constitución trae varias disyunciones, que se expresan gramaticalmente con la letra "o". En el caso del matrimonio se exige la decisión libre; decisión libre que no es otra cosa que la voluntad del hombre y la mujer de contraer matrimonio, de tal manera que el constituyente no necesitaba reiterar el elemento voluntad, para los eventos en que se puede conformar una familia sin previo matrimonio; a no ser que se tratase, de eventos o hipótesis diversas, como a nuestro juicio se trata. No sobra recordar, que cuando el constituyente utiliza conceptos o términos diversos es por que quiere distinguir situaciones diversas. En síntesis el constituyente se refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia: en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia, y en el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio.

No sobra recordar que las familias que tienen el origen en un matrimonio se mantienen jurídicamente, aunque el matrimonio desaparezca, bien por un hecho jurídico, como por ejemplo el divorcio de los padres, o por un hecho natural como la muerte de alguno de los padres o de ambos; esto demuestra que puede existir familia aunque no exista el matrimonio.

Sintetizando podemos afirmar, que ha existido una interpretación errada tanto por la Corte Constitucional como por otros intérpretes del 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; este fundamento, hombre y mujer sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución.

De otra parte, considero que no debe existir discriminación alguna entre las parejas matrimoniales y las uniones de hecho, y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las homosexuales, por cuanto a la luz de los principios de nuestro Estado Constitucional de Derecho el matrimonio heterosexual no puede tener más derechos que las uniones maritales de hecho heterosexuales, ni tampoco frente a las parejas de homosexuales.

En este sentido, cabe preguntar si la Constitución habla de un matrimonio entre hombre y mujer y si esa es la única vía de formar un matrimonio? Mi respuesta categórica a esta pregunta es NO. El matrimonio de los laicos es, a mi juicio, un simple contrato. A la connotación religiosa no nos oponemos, pero en la esfera del Estado (secular y laico, separado de la iglesia) no se puede afirmar legítimamente que el matrimonio civil o el matrimonio religioso deban y puedan tener más derechos. Por el contrario, sostengo que en un Estado de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.

Por tanto, reitero que la norma que consagra la unión marital de hecho exclusivamente con efectos civiles es inconstitucional, porque un tipo de familia no puede ser de mejor y otra de menor categoría, sino que todas tienen que tener los mismos efectos: matrimonio civil o religioso tiene que ser igual a la unión marital de hecho. La norma demandada, como ya se anotó, discrimina incluso a las parejas de heterosexuales, porque sólo le concede a la unión marital de hecho efectos civiles.

Finalmente, me parece necesario anotar que en este tema existe un prejuicio contra los homosexuales, que tiene no solo connotaciones machistas sino también religiosas, que los consideran en pecado. Sin embargo, no siempre ha sido así. Bástenos para ejemplificar nuestro aserto, el hecho de que la propia iglesia católica hasta el siglo XII casó homosexuales y que en sociedades que fueron cuna de la civilización occidental, como eran Grecia y Roma no existían esos preconceptos contra ellos. A este respecto, es suficiente con recordar que Sócrates y Platón eran homosexuales y, que a Julio César cuando entró a Roma, según cuenta Indro Montanelli, en su libro Historia de Roma, le gritaban: Viva César, el marido de todas las mujeres y la mujer de todos los maridos. La importancia para la humanidad de Sócrates, Platón o César, nada tiene que ver con su condición de homosexuales, ya que esta condición ni les quita ni les pone. Sólo cuando aprendemos a valorar a las personas independientemente de su condición sexual, estaremos valorándolas

en su real condición humana, esto es, estaremos reconociéndoles la dignidad humana.

4. La dignidad humana y el reconocimiento pleno de derechos

El concepto de dignidad humana, elaborado fundamentalmente por Emmanuel Kant alude a aquello propio del ser humano que lo hace ser tal, esto es, que lo convierte en sujeto moral, es aquello que no tiene precio, es decir, de lo cual no puede predicarse valor de cambio por cuanto es invaluable, inajenable, irrenunciable y nos permite caracterizarnos como seres humanos con derechos. De otra parte, el reconocimiento de la dignidad humana tiene que ser total y completo, por cuanto no se puede ser medio digno. En este orden de ideas, si a los homosexuales se les reconoce dignidad humana, si son tan dignos como los heterosexuales, hay que necesariamente reconocerles todos los derechos. El correlato necesario del reconocimiento de la dignidad humana es el reconocimiento de todos los derechos, esta es la clásica fundamentación de los derechos humanos en la tradición liberal kantiana hasta nuestros tiempos.

Por esta razón, no se entiende cómo se pretende reconocerles dignidad a las personas homosexuales y a renglón seguido se le niega el reconocimiento de derechos básicos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, los pensionales, para mencionar sólo algunos.

En mi concepto, la jurisprudencia existente de esta Corte en relación a los derechos de las personas homosexuales, en el ámbito individual, para el desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la igualdad, se hace nugatoria y no tiene efectos reales, pues no toca el plano de la pareja, que tiene relación directa con el núcleo esencial del derecho de libertad y del libre desarrollo de la personalidad, pues es un aspecto fundamental que hace real y efectivo la libertad y autonomía del individuo, a través del derecho a la libre opción sexual y la libre escogencia y desarrollo de un plan o proyecto de vida en compañía de la pareja sentimental o compañero sexual.

Por tanto, considero que no se puede ser tan incoherente y, de un lado, reconocer la dignidad humana de los homosexuales, y de otro lado, negarles y restringirles derechos. O se reconoce que los homosexuales tienen dignidad humana, y por tanto son libres e iguales, y en consecuencia, se les reconocen todos los derechos que esta condición amerita en su calidad de seres con dignidad; o se descubre el juego retardatario de reconocer por una parte una dignidad a medias que no implica el necesario reconocimiento de derechos y que deriva en una contradicción lógica.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en este caso es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

En el debate planteado por ejemplo en torno del matrimonio de las parejas homosexuales hay cuestiones difíciles, pero considero que se debe diferenciar claramente entre la concepción religiosa sobre determinada forma matrimonial y el reconocimiento del matrimonio laico o del matrimonio de parejas homosexuales con todos los efectos jurídicos, y por ello no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas o homosexuales. Así mismo, el trato de las uniones de hecho frente al Estado de Derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, reitero mi disenso frente a esta sentencia. En mi opinión, no es que todas las parejas tengan que contraer matrimonio, sino que tiene que existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Reitero por tanto, que los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, entre muchos otros.

A lo expuesto, me permito agregar que el reconocimiento de la igualdad que supone igual trato, implica derechos y deberes iguales, de manera que el aceptar que estamos en un Estado Constitucional de Derecho implica aceptar las consecuencias del reconocimiento de los mismos efectos jurídicos para las parejas independientemente de su conformación sexual. Por ello reitero, que en mi concepto, esta sentencia ha debido ocuparse de todos los aspectos en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se pueda aducir, a mi juicio, que esto se encontraba por fuera de la norma demandada. Por lo demás, como quedó expuesto, el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos “civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales.

Adicionalmente, considero que la población homosexual es víctima de toda una cadena de diversas formas de discriminación: Así por ejemplo, hay otras discriminaciones contra estos grupos por parte de: 1. Asociaciones y organizaciones civiles y mercantiles en general, por cuanto muchas asociaciones impiden a los homosexuales ser parte de ellas o se niegan a aceptarlos como miembros. 2. Discriminación “en” o “para” el empleo: por cuanto patronos o sindicatos no los contratan o los contratan y descubren que son homosexuales y los despiden o los expulsan. 3. En lugares públicos: los homosexuales son discriminados en los parques, en los espacios públicos. 4. Casa o habitación: se les discrimina en el tema de la casa y/o habitación respecto por ejemplo de la suscripción de un contrato de arrendamiento. 5. Autorización y pago de créditos que no se autorizan. 6. Discriminación “en” o “por” instituciones gubernamentales o cargos públicos. 7. En instituciones educativas: se les discrimina en las dos partes de las relaciones educativas, o se le discrimina al alumno.

Así mismo, considero que existe en general una rueda o ciclo vicioso de discriminación, en la cual la condición de homosexual juega un papel importante. De este modo, existe por ejemplo una discriminación de

inmigrantes por nacionales, de negros por blancos, de mujeres por hombres, de indígenas por dominantes, de pobres por ricos, de homosexuales por heterosexuales. Hay sectores de la población que sufren o padecen, y son víctimas de más de una discriminación a la vez: inmigrante, pobres, negros o indígenas, mujeres, homosexuales. Así por ejemplo, puede darse situaciones en que confluyan en una misma persona una serie de discriminaciones como cuando se es mujer, de raza negra, inmigrante, lesbiana y pobre.

De otra parte, sostengo que independientemente de que haya caído el socialismo, subsisten las clases sociales cada una con problemas diferentes, pues lo que es un problema para una clase no lo es para la otra. Pareciera que la situación de las personas homosexuales sólo le preocupara a las clases altas, por cuanto se ha reducido a un problema de orden económico, dejando de lado los demás ámbitos jurídicos y derechos por reconocer.

En síntesis, afirmo que en un Estado Constitucional de Derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Reitero por tanto mi fórmula de que se reconozca la igualdad de las parejas homosexuales en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, etc, como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Para presentarlo de una forma gráfica: sostengo que si hoy en día tenemos encadenados y esclavizados a un grupo de personas con 30 cadenas, y si a estos esclavos le quitamos una de las 30 cadenas, todavía quedan encadenados con 29 cadenas, de modo que siguen siendo igualmente esclavos y no hemos logrado progresar en nada. Podemos incluso quitarles 29 cadenas, pero si les dejamos una sola, los mantenemos esclavizados, de manera que no podemos suponer que hemos progresado. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas que no son heterosexuales es quitándoles TODAS las 30 cadenas, para que sean real y verdaderamente libres e iguales.

En conclusión, sostengo que la única forma de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es otorgándolos TODOS y además de manera COMPLETA a todas las personas, sin ninguna clase de distinciones, en este caso, respecto de sus preferencias sexuales. Considero que no protegemos realmente los derechos, ni les hacemos ningún favor, cuando los protegemos parcialmente, a medias, que fue lo que, a mi juicio, se hizo en este caso con esta sentencia, porque no se le entregaron todos los derechos civiles y muchos menos los demás derechos, como los derechos laborales, pensionales, en materia penal, etc.”³²

En este mismo sentido, en una nueva ocasión este magistrado señaló:

“1. Concepto de familia: *En primer lugar, he sostenido y defendido reiteradamente la tesis de que existen diversos caminos que conducen a la*

³² Salvamento de Voto del suscrito magistrado a la Sentencia C-075 del 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

familia y en consecuencia desde el punto de vista jurídico constitucional todos los tipos de familia gozan de la misma protección.

Por esta razón he sostenido que la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, 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 matrimonio es apenas uno de los caminos que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer. En este sentido, se encuentran excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo. Empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos a través del establecimiento de vínculos naturales o jurídicos.

Por tanto, la familia se puede constituir tanto por vínculos naturales como jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio. Un ejemplo de una familia constituida por vínculos naturales, no mediada por el matrimonio, lo otorga el caso de la inseminación artificial de una mujer que concibe por este medio hijos y junto con ellos conforma una familia. De otra parte, un ejemplo de la conformación de una familia por vínculos jurídicos, lo brinda el caso del hombre que adopta uno o más niños, caso en el cual no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer.

La tercera vía que establece la Constitución para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer. Por tanto, basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean del mismo o de distinto sexo.

Es en este sentido que la Constitución contiene varias disyunciones, expresadas gramaticalmente mediante la expresión "o". El constituyente se refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia: en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia y, en el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio.

En síntesis, la interpretación restrictiva de la norma constitucional contenida en el artículo 42 Superior, está erróneamente interpretada, cuando se interpreta en el sentido de que la familia siempre está integrada o tiene a su base a un hombre y a una mujer. Esta vía de conformación de la familia sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución.

Como consecuencia de lo anterior, he sostenido que la protección constitucional de todos los derechos concedidos a la familia, en materia de matrimonio, adopción, seguridad social, sucesiones, como en todas las demás materias y ámbitos jurídicos debe concederse no solo a las familias conformadas por el matrimonio de hombres y mujeres, a las cuales en un Estado constitucional de Derecho no se les puede otorgar un tratamiento especial sino igualitario; sino también a las uniones maritales de hecho, bien del mismo o de distinto sexo.

2. Igualdad jurídica total para todos los tipos de familias y parejas: *En segundo lugar, debo reiterar también aquí mi posición jurídica sostenida en la sentencia C-075 de 2007 respecto de la ley 54 de 1990 sobre uniones maritales de hecho y los derechos de las parejas homosexuales, en donde se reconocieron a las parejas de homosexuales sólo los efectos civiles v. gr. los patrimoniales, de la unión marital de hecho, reduciendo de un lado, los efectos civiles a los derechos de carácter patrimonial, y de otro lado, dejando de lado el reconocimiento de todos los demás derechos, por cuanto, insisto, todas las formas de familia y de pareja deben gozar de los mismos derechos en forma igualitaria. En salvamento de voto a dicha sentencia sostuve por tanto, de una parte, que el concepto de “efectos civiles” tiene más implicaciones que las meramente patrimoniales, por cuanto temas como los del matrimonio y adopción son del derecho civil; y de otro lado, que a las parejas de homosexuales se les deben reconocer TODOS los derechos para restablecer tanto el principio de dignidad humana como los principios y derechos de igualdad y libertad.*

En relación con la restricción de los derechos de los homosexuales, restringidos por la sentencia C-075 de 2007 a los derechos patrimoniales, consideré que dicha sentencia realizaba una reducción de la expresión “efectos civiles” contenida en la Ley 54 de 1990 al ámbito patrimonial, frente a la connotación amplia del concepto de efectos civiles. En forma similar, considero que en la presente sentencia se restringe al reconocimiento de la inmediatez de la cobertura familiar del plan obligatorio de salud para las familias conformadas por compañeros permanentes.

Como lo he reiterado, en mi opinión, el punto esencial en esta clase de controversias es definir el reconocimiento de derechos iguales para todos los tipos de parejas y familias, bien sean del mismo sexo o de diferente sexo, esto es, el reconocimiento de TODOS los derechos, es decir, de derechos plenos tanto a las parejas matrimoniales como a las parejas de compañeros permanentes o en unión de hecho, bien sean heterosexuales u homosexuales. A mi juicio, esta es en verdad la cuestión de igualdad que se plantea.

Por tanto, a mi juicio se deben excluir toda clase de discriminaciones a las parejas de unión libre, heterosexuales u homosexuales, y esto en todas las esferas: política, económica, social, económica, cultural, civil, en particular en el tema de la seguridad social, de los beneficios prestacionales, de la adopción, sucesión, en relación al tema del procedimiento penal, en el tema de la vivienda, etc.

Así mismo, como lo he sostenido, en asuntos constitucionales no es de acogida el argumento según el cual la inconstitucionalidad detectada por el juez constitucional no se puede declarar sino es acusada en la demanda, por cuanto una cosa es la demanda y otra cosa es lo que tiene que hacer el juez constitucional. Precisamente en esto consiste, en mi entender la particularidad del juez constitucional, en que puede ir más allá de lo demandado en aras de proteger la supremacía e integridad de la Constitución. Con respecto a la desigualdad y a la libertad, el juez constitucional tiene que restablecer la igualdad y libertad plena y completa, independientemente de que en la demanda pidan o no lo pidan, y no limitarse por tanto a lo que pida el demandante. Así que este argumento no resulta, a mi juicio, convincente.

A lo ya expuesto, me permito agregar, que el principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todas las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional debe ocuparse en estos casos de TODOS LOS ASPECTOS JURIDICOS en que están desprotegidas las parejas en unión de hecho, bien sean heterosexuales o homosexuales.

En este sentido, reitero mi posición jurídica en el sentido que en un Estado constitucional de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.

3. Dignidad, igualdad y libertad: *En tercer lugar, me permito reiterar que el reconocimiento de plenos derechos tanto a las parejas unidas en matrimonio como a las parejas de compañeros permanentes o en unión marital de hecho, bien se trate de parejas heterosexuales u homosexuales, así como a todo tipo de familia fundado o bien en vínculos naturales o en vínculos jurídicos, o por la decisión libre de un hombre y de una mujer, o por la voluntad responsable de conformarla, es una consecuencia lógico-normativa del principio de dignidad humana, fundamento iusfilosófico de los derechos humanos y del Estado constitucional y democrático de Derecho.*

Por esta razón, el suscrito magistrado no ha entendido cómo se pretende reconocerles dignidad a todas las personas y a renglón seguido se les niega el reconocimiento de derechos básicos y plenos a las personas que conforman uniones maritales de hecho, bien sean del mismo o de diferente sexo, derechos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, la seguridad social, la cobertura en salud, los pensionales, para mencionar sólo algunos.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en estos casos de restablecimiento de la igualdad entre tipos de familias y de parejas, es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

Es por ello que no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas, a las uniones maritales de hecho, y a las parejas de homosexuales. Así mismo, el trato de las uniones de hecho frente al Estado de Derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, insisto en reiterar mi posición jurídica en cuanto a que todas las parejas tienen derecho a contraer matrimonio, y deben existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Así mismo, que todos los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, seguridad social o cobertura familiar en el plan de salud obligatorio, como en el presente caso.

A lo expuesto, me permito agregar que el reconocimiento de la igualdad que supone igual trato, implica derechos y deberes iguales, de manera que el aceptar que estamos en un Estado Constitucional de Derecho implica aceptar las consecuencias del reconocimiento de los mismos efectos jurídicos para las todas las familias y parejas, independientemente de su conformación.

En síntesis, afirmo que en un Estado Constitucional de Derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Reitero por tanto mi fórmula de que se reconozca la igualdad de los compañeros permanentes o las parejas en uniones maritales de hecho, bien sean heterosexuales u homosexuales, en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, en seguridad social, o en salud, como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Así he sostenido, de una manera gráfica, que se deben quitar todas las cadenas que trasgreden la igualdad y limitan la libertad de las personas y en lugar de ir quitando sólo algunas cadenas, para de todas maneras seguir manteniendo tipos de esclavitud. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas de manera plena, tanto de las heterosexuales como de las homosexuales, es quitándoles TODAS las cadenas que los discriminan y denigran de su dignidad, igualdad y libertad, por cuanto sólo entonces serán real y verdaderamente dignos, libres e iguales.

En conclusión, sostengo que la única forma de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es otorgándolos TODOS y además de manera COMPLETA a todas las personas, sin ninguna clase de

distinciones, en este caso, respecto de la forma de conformación de la pareja y familia y también respecto de su conformación sexual.

4. Conclusiones: *Respecto de la igualdad, sostengo que definida una categoría jurídica, en este caso, la de la familia, deben concederse entonces los mismos efectos jurídicos y derechos tanto para las familias conformadas por parejas en matrimonio como por parejas como compañeros permanentes o en uniones maritales de hecho, y esto tanto en el caso de parejas heterosexuales como homosexuales.*

En este sentido, considero que el juicio de igualdad no es un juicio de identidad, sino que definida una misma categoría, la de familia, se le deben otorgar de manera íntegra los mismos efectos a todos los tipos de ésta. En mi opinión, el mandato constitucional ordena que todos tienen que llegar a ser iguales jurídicamente. Así, tanto las parejas unidas en matrimonio como los compañeros permanentes o las uniones maritales de hecho, heterosexuales y homosexuales, a la luz de la Constitución Política, deben disfrutar de los mismos derechos. Si esto es así, los demandantes tienen razón en la discriminación que la norma establece entre las parejas unidas en matrimonio y las que lo son compañeras permanentes o en unión de hecho.

Por consiguiente, a mi juicio, las uniones maritales de hecho deben tener los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

En síntesis, reitero que desde el punto de vista de la Constitución no se debe aceptar que sólo es familia la conformada mediante el matrimonio y que ésta tiene más y mejores derechos que los demás tipos de familia, sino que por el contrario, considero que a partir de nuestra Constitución, con su definición de familia y la consagración del principio de igualdad, se debe deducir que todas las clases y tipos de familia tienen los mismos derechos y deberes. De esta forma, reitero que todas formas de familias y parejas tienen los mismos derechos, bien se trata de parejas heterosexuales u homosexuales.

Igualmente, considero que así como en el caso de la sentencia sobre las uniones maritales de hecho y los homosexuales se restringía el reconocimiento de derechos a los patrimoniales, en la presente sentencia se restringe el restablecimiento de la igualdad al derecho a la salud de los compañeros permanentes, y ello en cuanto a la cobertura familiar del plan de salud obligatorio, de cuya cobertura comenzaban a ser beneficiarios solo a partir de un periodo de dos años de unión, mientras que nuestra posición ha sido el reconocimiento de TODOS los derechos en forma igualitaria.

Adicionalmente, considero que en el presente caso no se puede presentar válidamente el argumento en el sentido que el sistema de seguridad se desequilibra, si la afiliación de la pareja como beneficiario es antes de dos años de convivencia, pues de ser así se desequilibraría también con el matrimonio que tiene efectos jurídicos en este ámbito desde el momento de celebrado el contrato de matrimonio. A mi juicio, la norma demandada implica que se siga otorgándole un mayor y mejor status jurídico al

matrimonio. Si se consagra la misma protección constitucional, no se puede ahora desvirtuar.

A su vez, el suscrito magistrado observa que la seguridad social parte del principio de universalidad, la cual no se garantiza al privar de la cobertura en salud a un grupo de personas que son compañeros permanentes durante un tiempo largo, sin que exista una justificación legítima de orden constitucional para ello.

Para este magistrado no se puede sostener válidamente que existan mejores o peores formas de familia. Tampoco, a la luz de la Constitución, la Corte puede defender una u otra alternativa, sino que ante todo tiene que respetar las diferentes opciones y el desarrollo de la autonomía. De otra parte, la norma demandada no alude a la unión marital de hecho y frente a la protección de la familia y el principio de universalidad de la seguridad social, no puede haber privilegios para ningún tipo de familia. Además, considero que el sistema de salud está diseñado para admitir solamente a un compañero permanente como beneficiario.”³³

En posterior oportunidad el suscrito magistrado agregó:

“En este orden de ideas, me permito insistir nuevamente en que no se puede pregonar el respeto de los seres humanos y de su dignidad como seres libres e iguales y al mismo tiempo volverse contra ellos, desconociendo sus derechos fundamentales.

En esta oportunidad, quisiera referirme especialmente al argumento sostenido relativo a que no puede haber una Constitución o una ley contra la naturaleza, concepto derivado del concepto iusnaturalista de “naturaleza humana” del cual disiento categóricamente por múltiples razones, entre ellas por constituir un concepto vago, ambiguo, que puede llegar a utilizarse para justificar cualquier sistema jurídico o social, como lo develaran en su momento Kelsen³⁴ y Bobbio³⁵, entre otros autores.

En este sentido, comparto plenamente las críticas que se han elevado frente al concepto de naturaleza humana por los autores mencionados. Así mismo, debo recordar aquí que la utilización del concepto de naturaleza humana con el objetivo de derivar de él consecuencias jurídicas de presupuestos empíricos viola tajantemente las más claras reglas lógicas del pensamiento racional según las cuales es imposible derivar consecuencias normativas o de “deber ser” de premisas fácticas o del “ser”. Este tipo de error lógico fue develado y criticado por David Hume³⁶ y contemporáneamente por racionalistas críticos como Popper³⁷ y Albert³⁸, defecto lógico que se ha conocido como “falacia naturalista”.

³³ Salvamento de Voto del magistrado Jaime Araújo Rentería a la Sentencia C-521 del 2007, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁴ Ver Kelsen, Hans, La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

³⁵ Ver Bobbio, Norberto, Sociedad y Estado en la filosofía en la sociedad política moderna: el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

³⁶ Ver Hume, David, Investigación sobre el conocimiento humano, Alianza Editorial, Barcelona, 2001.

³⁷ Ver Popper, Karl Raimund, La lógica de la investigación científica, Editorial Tecnos, Madrid, 1962.

³⁸ Ver Albert, Hans, Tratado sobre la razón crítica, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973.

En este orden de ideas y en aras de la discusión, muy por el contrario a lo que se ha afirmado, de aceptarse que existe una naturaleza humana y por tanto una inclinación natural, la consecuencia debería ser entonces que con mayor razón no se podría sancionar a las parejas homosexuales por seguir sus propias inclinaciones sexuales naturales.

De otra parte, es de recordar que la Constitución Nacional consagra como valor, principio y derecho fundante del Estado constitucional y democrático de derecho, la libertad de las personas, como sujetos libres y autónomos, y que por tanto el desarrollo de la libertad y autonomía de los individuos implica la libre opción de vida, de búsqueda del ideal de lo bueno para cada uno y para cada quien, de la propia concepción del bien y de lo bueno “para mí”, lo cual incluye la libre decisión de conformar una pareja y una familia, sin que el matrimonio sea la única vía para conformar ésta última. De esta manera, debo reiterar aquí un principio liberal básico, en el sentido de que el Estado no puede imponer a las personas y ciudadanos un ideal de vida o de lo bueno o de lo deseable, sino que tiene como límite el respeto de la libertad y autonomía de los individuos en cuanto sujetos morales.

Así pues, de conformidad con mi más clara y firme convicción en los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, y de que la Constitución no prevé el matrimonio como única vía para la conformación de familia, mi propuesta es y ha sido la de que la Corte debe afirmar la existencia de varias clases de familia, todas igualmente válidas y con plenitud de derechos, pues hay que acabar con toda clase de prejuicios y preconcepciones que limitan los derechos de las parejas homosexuales y su núcleo familiar.

En este sentido, el suscrito magistrado se permite dejar constancia en el presente escrito de que en Sala Plena no se acogió mi solicitud de votar respecto de mi propuesta de afirmar la existencia de diversas clases de familia, también conformada por parejas homosexuales, todas ellas igualmente válidas y con plenitud de derechos.³⁹

2. De otra parte y en relación con el tema de sanción penal al que se refiere la norma demandada, debo advertir que a mi juicio, la inexequibilidad de este precepto no genera ambigüedad alguna, pues el efecto es que se determinan cuáles son los sujetos del tipo penal. En mi concepto, con fundamento en la Ley 54 de 1990, es posible extender la norma demandada a las parejas del mismo sexo, toda vez que dicha ley no es sólo para efectos patrimoniales.

Con fundamento en lo expuesto, aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

³⁹ Salvamento de Voto a la Sentencia C-811 del 2007 del magistrado Jaime Araújo Rentería.

Magistrado

Salvamento de voto a la Sentencia C-798/08

FAMILIA-Concepto amplio/**FAMILIA**-Conformación por vínculos jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla/**FAMILIA**-Diversas categorías/**FAMILIA**-Conformada por parejas homosexuales (Aclaración de voto)

DERECHOS DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES-Protección integral (Aclaración de voto)

He sostenido que la protección constitucional de todos los derechos concedidos a la familia, en materia de matrimonio, adopción, seguridad social, sucesiones, como en todas las demás materias y ámbitos jurídicos debe concederse no solo a las familias conformadas por el matrimonio de hombres y mujeres, a las cuales en un Estado constitucional de Derecho no se les puede otorgar un tratamiento especial sino igualitario; sino también a las uniones maritales de hecho, bien del mismo o de distinto sexo.

IGUALDAD DE DERECHOS-Entre parejas heterosexuales y homosexuales (Aclaración de voto)

El principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todas las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional debe ocuparse en estos casos de todos los aspectos jurídicos en que están desprotegidas las parejas en unión de hecho, bien sean heterosexuales o homosexuales, por lo que reitero mi posición jurídica en el sentido que en un Estado constitucional de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos

OBLIGACION ALIMENTARIA-Extensión de la sanción penal a miembros de pareja homosexual por su incumplimiento (Aclaración de voto)

En relación con el tema de sanción penal al que se refiere la norma demandada, debo advertir que a mi juicio, la inexequibilidad de este precepto no genera ambigüedad alguna, pues el efecto es que se determinan cuáles son los sujetos del tipo penal. En mi concepto, con fundamento en la Ley 54 de 1990, es posible extender la norma demandada a las parejas del mismo sexo, toda vez que dicha ley no es sólo para efectos patrimoniales.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, los suscritos magistrados exponemos a continuación las razones por las cuales nos apartamos de la decisión mayoritaria adoptada en la Sentencia C-798 de 2008.

1. Consideramos, en primer lugar, que la demandante no integró la proposición jurídica completa, lo cual, de acuerdo con reiteradas decisiones que la Corte Constitucional ha producido en condiciones similares a la presente, habría dado lugar a un fallo inhibitorio, o, eventualmente, a que la propia Corte integrara la unidad normativa.

En efecto, tal como se puso de presente por el Ministerio Público, en este caso, presupuesto ineludible para que la Corte pudiera estudiar la disposición demandada era que se hubiese establecido la existencia de una obligación civil de carácter alimentario en cabeza de los integrantes de una pareja homosexual, lo cual necesariamente remitía a la consideración del artículo 411 del Código Civil, norma que no fue demandada. Tal como se ha señalado por la jurisprudencia constitucional, para que en una demanda de inconstitucionalidad quepa un pronunciamiento de fondo es preciso que el actor dirija la acusación, de manera específica, contra la disposición que se estima contraria a la Constitución. En este caso la norma acusada establece una sanción penal para el incumplimiento de una obligación civil. Esto es, en ausencia de obligación civil, ningún reproche cabría hacerle al precepto penal demandado. Sólo la consideración conjunta de ambas normas permitiría un pronunciamiento de fondo y al no haberse demandado una de ellas, el fallo debía ser inhibitorio.

Alternativamente, habría resultado posible, en aplicación del principio *pro actione*, subsanar la deficiencia de la demanda, procediendo directamente la Corte a integrar la unidad normativa, la cual, de acuerdo con la jurisprudencia, para que proceda, requiere que exista demanda en forma en relación con una determinada disposición, de manera que puedan vincularse al proceso de constitucionalidad que de allí surgiría las normas que, no habiendo sido demandadas, integran unidad normativa con la que sí lo fue.

En el presente caso ello no ocurre así; podría, en gracia de discusión, admitirse que hay demanda en forma a partir de la consideración de que en la disposición acusada se delimita el ámbito de protección a la pareja conformada por hombre y mujer, pero en tal caso es preciso admitir que el tipo penal de la inasistencia alimentaria sólo se configura ante la existencia de una obligación alimentaria en cabeza de determinados sujetos. Y si en la disposición civil, que determina cuales son los sujetos activos y pasivos de la obligación alimentaria, no se incluye a los integrantes de las parejas homosexuales, era preciso incorporarla al juicio de constitucionalidad para que el fallo fuese consistente.

Tal como se expresó en la intervención que en el proceso hizo la organización Colombia Diversa, si bien el artículo demandado posee un contenido normativo claro, inteligible y separable, en este caso concreto no es posible hacer el estudio de su constitucionalidad de forma aislada, puesto que el examen de los cargos de inconstitucionalidad remite inevitablemente al estudio del artículo 411 del Código Civil.

2. Para obviar las anteriores consideraciones, que habían sido expuestas en el proceso por el Ministerio Público y por uno de los intervinientes, la Corte, en la decisión de la que nos apartamos, hizo una interpretación sobre el alcance de la Sentencia C-075 de 2007 que no resulta acorde ni con su contenido literal, ni con las consideraciones expresamente contenidas en ella en relación con el ámbito del pronunciamiento de la Corte, ni, finalmente, con el entendimiento que, en principio, ha realizado buena parte de la comunidad jurídica, como se evidencia por la lectura que sobre el alcance de esa sentencia se hace en este proceso por los demandantes, por el Ministerio Público y por distintos intervinientes.

2.1. Así, en relación con la primera de las anteriores consideraciones, es preciso tener en cuenta que en la Sentencia C-075 de 2007, la Corte limitó su pronunciamiento al régimen de protección patrimonial previsto en la Ley 54 de 1990. La Corte en esa sentencia no dijo que el concepto de unión marital de hecho debía ampliarse para comprender en él a las parejas homosexuales, sino que declaró que, a efectos de acceder al régimen de protección patrimonial previsto en la Ley 54 de 1990, las parejas homosexuales deberían recibir el mismo tratamiento allí previsto para las parejas heterosexuales que conforman una unión marital de hecho. Específicamente señaló la Corte que “... *la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.*”

Esto es, la referida sentencia no hace extensivo a las parejas homosexuales, de manera general, el régimen de la unión marital de hecho, sino que señala que cuando tales parejas puedan encuadrarse en las condiciones que la ley ha previsto para la unión marital de hecho, quedan amparadas por la presunción de sociedad patrimonial. Esa limitación que hizo la Corte sobre el alcance de su pronunciamiento explica la razón por la cual luego, en dos sentencias distintas, se pronunció sobre la afiliación en salud como beneficiarios de los integrantes de las parejas homosexuales y sobre la pensión de sobrevivientes para los integrantes de tales parejas, supuestos que, claramente, no estaban comprendidos en el ámbito de la decisión contenida en la Sentencia C-075 de 2007.

Al proferir la Sentencia C-075 de 2007, la Corte tomó como punto de partida, no la afirmación sobre la exigencia de igualdad de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales, lo cual habría conducido a predicar la necesidad de que exista una identidad de régimen jurídico para unas y otras, sino la existencia de un déficit de protección para los integrantes de las parejas homosexuales en relación con el patrimonio común, que hacía necesaria la actuación del juez constitucional para evitarlo.

Ello quiere decir que en la Sentencia C-075 de 2007, la Corte reafirmó su jurisprudencia en torno a la diferencia entre una y otra clase de parejas y sobre

la ausencia de un imperativo constitucional de identidad de régimen, razón por la cual señaló que ello hacía necesario que, en cada caso concreto se examinara si la diferencia de regulación entre una y otra clase de parejas resultaba contraria a la Constitución. Esto es, de acuerdo con esa sentencia, no cabe una consideración general que haga extensivo el tratamiento que la ley ha previsto para las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales, porque es preciso establecer en cada caso si existe un imperativo constitucional conforme al cual el trato deba ser equivalente.

2.2. En este contexto es preciso señalar que en la Sentencia C-075 de 2007 la Corte no fundamentó su decisión en la aplicación del test de igualdad, porque, como se ha dicho, no partió de la afirmación de una igualdad de situaciones que hiciese imperativa, *per se*, la igualdad de trato, sino que construyó su argumento con base en el concepto de déficit de protección, del cual se deriva un imperativo para la acción estatal. Así, se expresa en la sentencia que, existiendo ese déficit de protección, premisa sobre la que su fundamenta la decisión de la Corte, (i) existe un imperativo conforme al cual el ordenamiento jurídico debe brindar una respuesta orientada a subsanar ese déficit y (ii), de manera complementaria, cuando para supuestos con análogos requerimientos de protección el ordenamiento si ha ofrecido respuesta, la omisión en hacerlo con todos los que se encuentran en la situación análoga, puede tenerse como discriminatoria.

De esta manera, la Corte no parte de la igualdad de supuestos entre parejas heterosexuales y homosexuales, para, con fundamento en esa sola consideración, aplicar un test estricto de igualdad, sino que, teniendo como punto de partida la diferencia entre ambos tipos de pareja, procede a establecer si en relación con uno de ellos, en determinadas circunstancias, se presenta un déficit de protección contrario a la Constitución. La inconstitucionalidad declarada por la Corte se origina, entonces, en ese déficit de protección y sólo de manera complementaria se señala que el mismo puede tenerse como discriminatorio cuando para supuestos análogos el legislador sí haya ofrecido una respuesta.

2.3. De esta manera, resulta claro que: (i) La Corte, en la Sentencia C-075 de 2007 no hizo un estudio sobre el artículo 411 del Código Civil, disposición que, por consiguiente, no se encontraba cobijada por esa providencia, y (ii) Para decidir sobre la constitucionalidad de esa disposición habría sido preciso un nuevo pronunciamiento en el que de manera específica se analizase si de su texto se desprendía un déficit de protección para las personas que integran las parejas homosexuales, que hiciese imperativa a la luz de la Constitución una respuesta del ordenamiento jurídico, caso en el cual sería necesario determinar si, en ausencia de previsión legislativa sobre el particular, cabría que el juez constitucional hiciese extensivo a esas parejas el régimen de protección establecido para las parejas heterosexuales.

El artículo 411 del C.C. no establece una obligación alimentaria para los integrantes de parejas del mismo sexo. Por consiguiente, para poder establecer si el artículo demandado era contrario a la Constitución por excluir de su ámbito de protección a las parejas homosexuales, era preciso determinar

primero si el régimen del artículo 411 debía aplicarse de manera extensiva con el propósito de subsanar un déficit de protección predicable en relación con tales parejas.

3. Como se desprende de la consideración anterior, cabe enfatizar ahora que la jurisprudencia de la Corte, invariablemente se ha edificado a partir del reconocimiento de la diferencia que existe entre los dos tipos de pareja y el hecho de que, por consiguiente, no es inconstitucional *per se* el tratamiento diferente cuando hay razón que lo justifique. Esto es, de la sola diferencia de régimen, ante situaciones que son connaturalmente distintas entre sí, no se sigue la existencia de un trato discriminatorio.

Así se ha expresado por la jurisprudencia de la Corte, por distintos organismos en el ámbito de los derechos humanos, y, en el presente caso es premisa admitida incluso por los propios demandantes y entidades que intervinieron para coadyuvar la demanda.

Específicamente en la Sentencia C-075 de 2007 la Corte expresó que en Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean hipotéticamente asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.

El recuento jurisprudencial con base en el cual la Corte llegó a las anteriores consideraciones fue el siguiente:

En la Sentencia T-097 de 1994 la Corte señaló que “[e]ntre las innovaciones de la Constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de la persona. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a la intimidad y al buen nombre (art. 15). El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social. Se culmina así un largo proceso de aceptación y tolerancia normativa que se inicia con la despenalización de la conducta descrita en el Código Penal de 1936. Es de anotar que, si bien en este tema el derecho ha jugado un papel esencial en la transformación de las creencias sociales, éstas aún se encuentran rezagadas en relación con los ideales normativos. Los valores de la

tolerancia y del pluralismo, plenamente asumidos por el ordenamiento jurídico, deben todavía superar enormes obstáculos para encontrar arraigo pleno en la vida cotidiana.” Esta posición ha sido reiterada en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse la C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y la T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En la Sentencia C-098 de 1996 la Corte expresó: “Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos —además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. (...) De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquella puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990.” En el mismo sentido, en la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte puntualizó que “... a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.”

En la Sentencia C-098 de 1996, la Corte señaló que “[s]ería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexecutable de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos. En la Sentencia T-349 de 2006 la Corte concluyó que el legislador dentro

de su ámbito de configuración, puede, en desarrollo del mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas especiales de protección en seguridad social para las parejas homosexuales, que consulten sus particulares circunstancias y necesidades, pero que en relación con la prestación que entonces era objeto de consideración -la pensión de sobrevivientes- no había un imperativo constitucional, conforme al cual, a partir del principio de igualdad, dicha prestación debiese hacerse extensiva a las parejas homosexuales.

En la Sentencia C-1043 de 2006 la Corte expresó que “[1]a existencia de esas diferencias [entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales] hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad.” Agregó la Corte que en el caso que entonces fue objeto de consideración esa carga argumentativa no se satisfacía debido a que el actor se limitó “... a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio”, pero no presentó las razones que mostrarán que en esa materia resultaba imperativa una identidad de trato.

En la Sentencia C-075 de 2007, la Corte, tomando en consideración el anterior recuento jurisprudencial, así como las transformaciones sociales que se han venido produciendo en el país al amparo de la Constitución de 1991, concluyó que, si bien, en general, no son equiparables las parejas heterosexuales y las homosexuales, ésta últimas constituyen una realidad que el legislador no puede ignorar, y que hacerlo así en determinados ámbitos, como el relativo al régimen patrimonial entre quienes hacen una comunidad de vida como pareja del mismo sexo, conduce a un déficit de protección contrario a la Constitución.

4. En nuestra legislación el régimen de alimentos obedece a una decisión legislativa orientada a brindar protección a determinados sujetos en razón de su especial relación con otros. Existe, pues, como cuestión de principio, un amplio margen dentro del cual el legislador puede apreciar la necesidad o la conveniencia de establecer una determinada obligación alimentaria.

De este modo, si en relación con determinados sujetos, entre ellos el cónyuge o el compañero o compañera permanente, la *ratio legis* de la obligación alimentaria es la protección a la familia, no cabe señalar que, en relación con ese propósito las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales estuviesen en igualdad de condiciones, porque este último tipo de pareja no encaja en el concepto de familia en relación con el cual existe un mandato constitucional de especial protección.

Así mismo puede decirse que la obligación alimentaria se concibió por el legislador como un instrumento de protección para determinados supuestos, pero no puede señalarse que en ausencia de dicha obligación se produjese un déficit de protección contrario a la Constitución. El legislador, dentro de su ámbito de configuración elige los beneficiarios de esa protección, sin que quienes no sean tenidos en cuenta puedan predicar que en relación con ellos se presenta un déficit de protección.

5. En ese contexto, es preciso tener en cuenta, por otra parte, que no siempre que exista una obligación alimentaria se requiere que el derecho del acreedor sea amparado por la legislación penal.

Así, en el artículo 411 del Código Civil se enuncian como acreedores de esa obligación al cónyuge⁴⁰, a los descendientes, a los ascendientes, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa, a los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales, a los ascendientes naturales, a los hijos adoptivos, a los padres adoptantes, a los hermanos legítimos, al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada, y no todos están amparados por la legislación penal. Tal es el caso, por ejemplo, de los donantes o los hermanos.

A su vez, tal como se ha señalado por la propia Corte, el objeto del tipo de la inasistencia alimentaria es la protección de la familia y esa consideración fue la *ratio decidendi* en la Sentencia C-016 de 2004. Ello se evidencia, entre otras razones, en el hecho de que el tipo está en el Título VI, Libro Segundo del Código Penal, dedicado a la protección de la familia, núcleo fundamental de la sociedad que sólo puede constituirse por la decisión libre de **un hombre y una mujer** de contraer matrimonio, o por su voluntad responsable de conformarla.

Esto es, en ejercicio de su potestad de configuración, el legislador consideró, que en orden a brindar una protección reforzada a los integrantes de la familia como beneficiarios de la obligación alimentaria, cabía establecer un tipo penal específico, que no sólo sancione penalmente a quien se ha sustraído del cumplimiento de un deber, en detrimento de la familia, sino que cumpla un papel de prevención especial y general en relación con esa unidad familiar que es objeto específico de protección constitucional.

Debe tenerse en cuenta que en el ámbito de la política del Estado en materia criminal hay un amplio margen de configuración legislativa, y que, por otra parte, el derecho penal ha sido considerado como *última ratio* y corresponde al legislador definir, dentro de ciertos límites constitucionales, en qué casos la protección de un bien jurídico hace necesario acudir al *ius puniendo*, al cual sólo debe recurrirse en ausencia de otro mecanismo idóneo para afrontar debidamente, en tiempo, integridad y eficacia el quebrantamiento de un

⁴⁰ Mediante Sentencia C-1033 de 27 de noviembre de 2002, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho.

derecho tutelable por vías coercitivas, siempre respondiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En relación con la obligación alimentaria cabe señalar que la misma es susceptible de hacerse efectiva por otros medios, tales como el proceso de alimentos o la propia acción de tutela. Por consiguiente no se aprecia una situación de urgencia que limitase el ámbito de configuración del legislador para imponerle, como necesidad derivada directamente del ordenamiento superior, la protección penal para los beneficiarios de las obligaciones alimentarias.

Ello hacía necesario que, en este caso, si en gracia de discusión se aceptara la existencia de una obligación alimentaria entre los integrantes de una pareja homosexual, la Corte hubiese examinado si existía algún imperativo constitucional conforme al cual debía sancionarse penalmente el incumplimiento de dicha obligación. Como se ha señalado, la respuesta habría sido negativa, puesto que está visto que hay otros medios de defensa y el derecho penal es *última ratio*, cuya valoración se ha confiado al legislador.

6. Finalmente el fallo del cual nos apartamos, que menos puede aceptarse como si emanara de una proscrita analogía, en todo caso contraria al principio de legalidad, también resulta opuesto a la jurisprudencia constitucional, conforme a la cual no es posible alterar los elementos estructurales de los tipos penales mediante sentencias aditivas o condicionadas y en esos casos, cuando se establezca una omisión realmente inequitativa en un tipo penal, que resulte impropia desde el punto de vista constitucional, lo que eventualmente procedería, tal como se hizo en la Sentencia C-016 de 2004, es un exhorto al legislador.

En esa sentencia la Corte reiteró lo que ya había expresado en la Sentencia C-939 de 2003, conforme a la cual “(...) *la exequibilidad condicionada no puede conducir a la introducción o elaboración de elementos estructurantes del tipo. Ello, por la estricta reserva legal que existe en la materia y por cuanto ello no implica un desarrollo del principio de conservación del derecho, sino una producción de derecho. En efecto, si faltare alguno de los elementos estructurantes del tipo, se estaría frente a una violación del principio ‘nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa’, por la falta de certeza en la descripción típica. La Corte no podría definir o inferir legítimamente cuál es la ratio legis y, de esta manera, integrar el tipo.*”

En este caso la Corte procedió de manera exactamente inversa a la prevista en los anteriores precedentes, por cuanto, mediante una sentencia aditiva, resolvió aumentar el campo de punibilidad de la norma acusada, incluyendo en él a los integrantes de la pareja homosexual. Al respecto, la Corte en la citada Sentencia C-939 de 2003 había señalado que “[d]icho aumento únicamente puede ser el resultado de declaraciones de inexecutable⁴¹ parciales del tipo penal, siempre y cuando dicho aumento de punibilidad resulte necesario para la protección de un derecho fundamental. Lo anterior

⁴¹ Sentencia C-177 de 2001.

por cuanto únicamente el legislador puede definir cuáles conductas son consideradas punibles (ratio legis).”

Fecha ut supra

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado