

## **Igualdad versus protección: límites y alcances del precedente constitucional sobre derechos de parejas del mismo sexo en el 2009**

**Mauricio Albarracín Caballero\***  
**Colombia Diversa**

El 28 de enero de 2009, la Corte Constitucional de Colombia tomó una trascendental decisión al reconocer la mayoría de los derechos de las parejas del mismo sexo contenidos en 26 leyes. Días después el profesor Rodrigo Uprimny, en su columna de opinión, afirmó al respecto de esta sentencia: “estas conquistas jurídicas, por importantes que sean, no son suficientes. Es posible que, a pesar de estos cambios normativos, en la vida cotidiana la discriminación contra los homosexuales subsista o se torne más sutil. O incluso que existan propuestas para que se anulen u obstaculicen estos avances jurisprudenciales” (Uprimny, 2009). Esta lúcida advertencia debe aplicarse también a las nuevas decisiones de la Corte Constitucional sobre las parejas del mismo sexo.

En este artículo sostendré que el precedente constitucional que ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido fundamental en el acceso a los derechos civiles y sociales de estas parejas; constituye un gran avance en la garantía de los derechos mínimos, y aporta a un mayor respeto social de las parejas del mismo sexo. No obstante, este precedente tiene límites importantes especialmente en el reconocimiento del derecho a conformar una familia.

Fue la Magistrada (E) Catalina Botero quien señaló con precisión esta tensión en su aclaración de voto a la sentencia C-811 de 2007: “Aunque comparto la decisión de la Corte (...), y celebro la extensión de los beneficios de seguridad social (...) a las parejas del mismo sexo, he decidido aclarar mi voto para hablar de un tema que parece resistirse a ser asumido por la Corte con la franqueza democrática que demanda: la naturaleza de la familia en el régimen constitucional colombiano” y continúa la magistrada: “estas decisiones representan un paso decisivo en la garantía y vigencia de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad y en el afianzamiento de un régimen verdaderamente democrático, pluralista e incluyente. Sin embargo, evaden de manera consistente la referencia a la pareja homosexual como un núcleo familiar que merece igual respeto y protección constitucional que la familia heterosexual. En este aspecto existe entonces un déficit de protección que la jurisprudencia tendrá que corregir”<sup>1</sup>.

Esta evasión se funda a mi juicio en que el precedente constitucional se basó en una doctrina que pretendía equilibrar distintas posiciones políticas al interior del Alto Tribunal; precedente que puede derivarse tanto en interpretaciones conservadoras como progresistas. La Corte decidió abordar un problema a la vez, siguiendo de forma

---

\* Miembro del Comité Legal de Colombia Diversa. Abogado de la Universidad Industrial de Santander. Estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes e investigador del Centro de Estudios Socio-Jurídicos CIJUS, de la misma Universidad. [malbarracin@gmail.com](mailto:malbarracin@gmail.com); <http://malbarracinc.blogspot.com/>

<sup>1</sup> Aclaración de voto de Magistrada (E) Catalina Botero, Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

inconsciente la teoría del constitucionalista estadounidense Cass Sunstein (2001)<sup>2</sup>, la cual consiste en la solución de problemas jurídicos concretos y en evitar las discusiones sobre teorías generales o sobre asuntos ideológicos muy amplios e irreconciliables.

Aunque la Corte avanzó en la protección de los derechos de las parejas, las sentencias no han sido del todo progresistas ni han logrado eliminar las desigualdades legales y la ciudadanía de segunda clase de gays y lesbianas. En el seno del precedente hay una tensión que cada vez se hace más creciente e insostenible para la igualdad y plenos derechos de estas parejas: proteger los derechos de las parejas del mismo sexo en tanto sean asimilables a las parejas heterosexuales, pero al mismo tiempo no reconocer que ambos tipos de parejas merecen de forma inmediata la misma protección y respeto, especialmente en la protección constitucional de la familia de las parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional no ha afirmado de forma clara y contundente que las parejas del mismo sexo son iguales y tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales, por el contrario, ha creado una jurisprudencia que protege a las parejas pero las mantiene en un estatus inferior de protección.

Para mostrar esta tensión y su impacto en el precedente constitucional, se analizarán las sentencias C-029 de 2009 y T-911 de 2009 de la Corte Constitucional. En la primera parte del texto se recordarán los antecedentes jurisprudenciales que enmarcan las decisiones judiciales producidas durante el 2009. En la siguiente parte, se analizará la sentencia C-029 de 2009, desde los dos tipos de lectura: una conservadora y otra progresista, que pueden derivarse del precedente. En la tercera parte, se analizará la sentencia T-911 de 2009, que analiza un caso de reclamación de pensión de sobreviviente de un compañero del mismo sexo, en la cual se observa un importante retroceso respecto al precedente anterior. En la cuarta parte se concluirá con los retos que implican los procesos judiciales iniciados para el reconocimiento de la adopción entre parejas del mismo sexo y la demanda que la Corte Constitucional está estudiando sobre el derecho al matrimonio.

## **1. Antecedentes jurisprudenciales**

La sentencia C-075 de 2007 dio un giro trascendental en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, y a través de ella se empezó a corregir la anterior jurisprudencia de la Corte Constitucional que no reconocía ningún derecho

---

<sup>2</sup> La Corte Constitucional ha usado esta forma de proceder de manera explícita. Así por ejemplo, en la sentencia C-816 de 2004, en la cual se declaró inexecutable por asuntos de procedimiento el estatuto antiterrorista, la Corte se justificó de esta manera: “10- Esta opción metodológica de entrar a analizar y decidir directamente los cargos que tienen mayor potencialidad de prosperar, aun cuando pueda parecer más lógico estudiar otra acusación previamente, no es una invención de esta sentencia ni de esta Corte. Así, en muchísimos eventos, esta Corte ha declarado la inexecutable de una disposición con base en un determinado cargo de procedimiento, lo cual la ha llevado a no estudiar las otras acusaciones contenidas en la demanda. Esta metodología ha sido también utilizada por otros tribunales constitucionales de otros países”. Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2004, MM.PP.: Rodrigo Uprimny y Jaime Córdoba Triviño. De hecho en el párrafo transcrito la Corte cita a Sunstein: “la tesis de Cass Sunstein sobre los “argumentos teóricamente incompletos” en Cass Sunstein. (1996) *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York, Oxford University Press. Capítulo 2, pp 35 a 61. Ver igualmente Sunstein, C. (2001). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press., para un análisis de Sunstein en Colombia ver el trabajo de Cajas, M. (2009). Minimalismo judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Cuestiones Constitucionales*, No. 20 , 277-303.

éstas (Motta, 1998) (Moncada, 2002) (Estrada, 2003) (Céspedes, 2004)<sup>3</sup>. Dentro de la lógica de estudiar cada ámbito de regulación (un problema a la vez) la Corte Constitucional decidió en la sentencia C-075 de 2007, con ponencia del magistrado conservador Rodrigo Escobar Gil, que las parejas del mismo sexo tendrían derechos patrimoniales si cumplían con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 54 de 1990 para las uniones maritales de hecho de las parejas heterosexuales (Bonilla, 2008). Sólo un mes después, el 5 de marzo de 2007, se presentó una demanda por parte de dos estudiantes de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja (UPTC) quienes demandaron el artículo 163 de la ley 100 de 1993, pidiendo que se ampliara el derecho de afiliación a la seguridad social en salud para las parejas del mismo sexo. Por su parte, Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia- y el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes - GDIP - presentaron el 30 de agosto de 2007 una nueva demanda de inconstitucionalidad, que buscaba el reconocimiento de la seguridad social tanto en afiliación en salud como en pensión de sobreviviente.

El 14 de mayo de 2007, ocurrió algo inesperado que dio mayor respaldo al precedente constitucional. El Comité de Derechos Humanos comunicó su decisión en el caso *X contra Colombia*<sup>4</sup>, mediante la cual se resolvió una situación de discriminación contra un ciudadano que convivía con su compañero y a quien se le negó su pensión de sobreviviente. El Comité determinó que el Estado colombiano violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y le ordenó restablecer los derechos de la persona afectada y solucionar de forma general esta discriminación (Albarracín & Noguera, 2008).

Las acciones constitucionales que hacían tránsito condujeron a las sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008, que reconocieron el derecho a la afiliación en salud y pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo. Posteriormente, una ciudadana demandó la norma del código penal que sancionaba la inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes y excluía a las parejas del mismo sexo. La Corte en la sentencia C-798 de 2008 determinó que la norma era discriminatoria y que debía ampliarse la protección a las parejas del mismo sexo en relación a las obligaciones alimentarias.

Sin embargo, la Corte usó una estrategia argumentativa que dejaba en la incertidumbre a las parejas del mismo sexo y además no garantizaba todos los derechos de la unión marital de hecho. Según la Corte cada tema debería estudiarse a la vez y en cada ámbito de regulación. Como se explicará en el siguiente apartado esta situación llevó a una demanda “en bloque” que fue decidida en la sentencia C-029 de 2009.

Este proceso de reconocimiento de derechos fue progresivo y cada vez más se fortaleció la protección de estas parejas. Muy rápidamente y con el impulso de los activistas, en una coherente jurisprudencia la Corte Constitucional profirió ocho sentencias (C-075 de 2007<sup>5</sup>, C-811 de 2007<sup>6</sup>, T-856 de 2007<sup>7</sup>, C-336 de 2008<sup>8</sup>, C-798 de 2008<sup>9</sup>, T-1241 de

---

<sup>3</sup> Ver Corte Constitucional, sentencias C-098 de 1996 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-623 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, T-725 de 2004 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, T-349 de 2006 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

<sup>4</sup> Comité de Derechos Humanos. Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.

<sup>5</sup> Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. Sentencia sobre el reconocimiento de derechos patrimoniales.

<sup>6</sup> Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de afiliación en salud.

<sup>7</sup> Magistrado ponente Humberto Sierra Porto. Caso sobre derecho a la afiliación en salud.

2008<sup>10</sup>, C-029 de 2009<sup>11</sup> y T-911 de 2009<sup>12</sup>) las cuales transformaron radicalmente el estatus legal de las parejas del mismo sexo y reconocieron para éstas derechos y obligaciones (Albarracín & Azuero, 2009). No obstante existen matices importantes en el precedente, en particular la sentencia C-798 de 2008, la cual es mucho más progresista respecto a la interpretación sistemática de la expresión “compañero permanente” sin necesidad que la Corte se pronuncie en cada ámbito de regulación<sup>13</sup>.

## 2. Sentencia C-029 de 2009: el gran paso a la igualdad

Durante los años 2007 y 2008, la Corte Constitucional había establecido igualdad de derechos de las parejas del mismo sexo en tres ámbitos de regulación: patrimonial, seguridad social y obligaciones alimentarias. Esta situación generó la necesidad de aclarar cuál sería el criterio constitucional para definir los derechos y obligaciones de las parejas del mismo sexo frente a otros derechos y obligaciones en los cuales la Corte no se hubiese pronunciado. En este orden de ideas, Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia- y el Grupo de Derecho de Interés Público – GDIP-, formularon una demanda contra disposiciones normativas contenidas en 26 leyes<sup>14</sup>, en las cuales se reconocían derechos, beneficios y se imponían cargas para las parejas heterosexuales, con exclusión de las parejas del mismo sexo. Entre los temas regulados por estas normas se encontraban los siguientes: patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar; obligación de prestar alimentos; derechos de carácter migratorio para las parejas homosexuales y derecho a residir en el Departamento de San Andrés y Providencia; garantía de no incriminación en materia penal; beneficio de prescindir de la sanción penal; circunstancias de agravación punitiva; derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de crímenes atroces; protección civil a favor de víctimas de crímenes atroces; prestaciones en el régimen pensional y de salud de la fuerza pública; subsidio familiar en servicios; subsidio familiar para vivienda; acceso a la propiedad de la tierra; beneficiarios de las indemnizaciones del SOAT por muertes en accidentes de tránsito, y

---

<sup>8</sup> Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de pensión de sobreviviente.

<sup>9</sup> Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de alimentos mutuos.

<sup>10</sup> Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Caso sobre derecho de pensión de sobreviviente.

<sup>11</sup> Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>12</sup> Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Caso sobre derecho de pensión de sobreviviente.

<sup>13</sup> La división en esta sentencia fue más amplia que en otras decisiones. Es así que los magistrados Rodrigo Escobar y Nilson Pinilla salvaron su voto.

<sup>14</sup> Las normas demandadas fueron los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; artículo 24 literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; artículos 411 y 457 del Código Civil; artículos 4 de la Ley 70 de 1931; artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; artículo 7 de la Ley 3 de 1991; artículos 283 numeral 2 y 286 de la Ley 5ª de 1992; artículo 5 de la Ley 43 de 1993; artículo 8 numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; artículo 244 de la Ley 100 de 1993; artículos 14 numerales 2 y 8 y 52 de la Ley 190 de 1995; artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; artículo 2 de la Ley 294 de 1996; artículo 2 de la Ley 387 de 1997; artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; artículos 34, 104 numeral 1, 170 numeral 4, 179 numerales 1 y 4, 188 b numeral 3, 229, 233, 236, 245 numeral 1, 454 a de la Ley 599 de 2000; artículos 40, 71 y 84 numerales 1, 2, 3, 6, 7 y 9 de la Ley 734 de 2002; artículos 8º literal b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004; artículo 3 numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; artículo 1º de la Ley 1148 de 2007; artículo 18 de la Ley 1153 de 2007; artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007.

deberes relacionados con el acceso y ejercicio de la función pública y celebración de contratos estatales.

Los demandantes justificaron la decisión de realizar una demanda en bloque de este importante número de normas, argumentando que si bien el estudio de este conjunto de normas podría ser una labor “dispendiosa” para la Corte, existían distintas ventajas que justificaban que se hubiera optado por esta opción. En efecto, realizando una demanda en bloque, la Corte no tendría que estudiar en distintas demandas la presunta inconstitucionalidad de normas que excluían a las parejas del mismo sexo, y además, un pronunciamiento único permitiría que se estableciera un precedente homogéneo, lo cual favorecería la interpretación coherente y sistemática de las expresiones compañeros permanentes contenidas en el ordenamiento jurídico.

En la demanda se argumentó que era imprescindible aplicar el precedente y los criterios doctrinarios establecidos en las C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-856 de 2007 y C-336 de 2008. En particular, se señaló la importancia de aplicar un test estricto de proporcionalidad para determinar el déficit de protección y por tanto la violación del derecho a la igualdad (Art. 13 CP) y de los derechos a la dignidad humana (preámbulo, Art. 1 CP) y al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP). Teniendo en cuenta estas consideraciones, se analizó cada ámbito de regulación demandado y en cada caso concreto se demostró que las normas no superaban el test estricto de proporcionalidad y vulneraban otros derechos fundamentales y valores constitucionales.

El 28 de enero de 2009 la Corte Constitucional profirió la sentencia C-029 de 2009<sup>15</sup>, en la cual declaró la exequibilidad condicionada de la totalidad de las normas demandadas<sup>16</sup> “en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”<sup>17</sup>. En el comunicado de prensa la Corte expresó que en esta sentencia se reiteró su línea jurisprudencial sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, establecida en la sentencia C-075 de 2007, y en consecuencia reconoció que todas las normas acusadas generaban una discriminación contra los compañeros permanentes del mismo sexo. El alto tribunal fue enfático en afirmar que “según reiterada jurisprudencia, las parejas gozan de los mismos derechos y beneficios y tienen las mismas cargas, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales”<sup>18</sup>. La Corte por tanto eliminó “la interpretación violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato y en consecuencia declaró la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. El magistrado Nilson Pinilla Pinilla manifestó su salvamento parcial de voto. El magistrado Rodrigo Escobar Gil expresó que presentaría una aclaración de voto en relación con los fundamentos de la decisión. Finalmente, el magistrado Jaime Araujo Rentería anunció la presentación de una aclaración de voto en relación con los conceptos de familia y matrimonio a la luz de la Constitución Política.

<sup>16</sup> La Corte no estudio el concepto de familia, ni los distintos tipos de familia protegidos a la luz de la Constitución Política, teniendo en cuenta que no se configuró un cargo de constitucionalidad sobre esta materia, y además por ser una cuestión que no resulta relevante para el problema jurídico planteado.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, comunicado de prensa No.01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, comunicado de prensa No.01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, comunicado de prensa No.01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Ahora bien, la Corte negó a los demandantes el pronunciamiento general sobre todos los derechos de las parejas del mismo sexo, a juicio de la Corte:

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en la medida en que existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras. Ello implica que para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria.

Por la anterior consideración no cabe que, como se solicita por los demandantes, la Corte Constitucional haga un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución, ni resulta procedente integrar una unidad normativa con todas aquellas disposiciones, aparte de las específicamente demandadas, de las que pueda derivarse una diferencia de trato o un déficit de protección para las parejas homosexuales, sino que se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria”<sup>20</sup>.

En la decisión además la Corte eludió la discusión sobre el concepto de “familia” y reiteró su precedente conformado por cuatro proposiciones: en primer lugar, la discriminación por orientación sexual está prohibida por la constitución. En segundo lugar, existen diferencias entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales y reiteró que no existe un imperativo constitucional para dar igual tratamiento a unas y otras. En tercer lugar, que corresponde al legislador establecer las medidas de protección a los grupos sociales y avanzar en contra de la discriminación. Finalmente, toda diferencia de trato entre grupos que sean asimilables sólo es constitucional si obedece a un principio de razón suficiente<sup>21</sup>.

Junto a estos criterios la Corte expresó que debe aplicarse un test estricto cuando se establezca una diferenciación en razón de la orientación sexual de las personas, lo cual aplica tanto a los derechos como individuos y a la diferencia de trato entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales. Además, la Corte recordó que la protección y definición de la familia puede dar lugar a protecciones especiales para la familia, sin que ello pueda considerarse como discriminatorio.

A pesar de la ambigüedad de los criterios jurisprudenciales, la Corte se pronunció a favor de todas las pretensiones de la demanda y generó decisiones que vale la pena destacar. La sentencia extendió sus efectos a ámbitos considerados propios de la familia heterosexual, tales como la violencia intrafamiliar, la obligación alimentaria, el subsidio familiar, el patrimonio de familia inembargable y afectación de vivienda familiar. Además la Corte, estudió la expresión “hogar” de la ley sobre el subsidio de vivienda lo cual permite formular nuevas demandas de inconstitucionalidad que reconozcan los derechos de las parejas del mismo sexo. Por otra parte, al ampliar los derechos de las víctimas a las parejas del mismo sexo, en particular los establecidos en la ley 387 de 1997 sobre el desplazamiento forzado y la ley 975 del 2005 sobre la ley de justicia y paz, se aporta para el avance en la investigación y sanción de estos crímenes contra la población de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado (Payne, 2007). Otro gran avance de la sentencia es la incorporación de deberes para las parejas del mismo sexo, con lo cual se garantiza la transparencia y la imparcialidad en la administración pública. Finalmente, la Corte se pronunció sobre el

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>21</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

régimen de seguridad social de las Fuerzas Militares avanzando en la unificación de los regímenes especiales y exceptuados de seguridad social en relación con la afiliación de los compañeros del mismo sexo.

Los notables avances logrados se soportan en una doctrina constitucional que Rodrigo Uprimny llama “doctrina de transacción”<sup>22</sup>, la cual es problemática porque permite tanto un desarrollo progresista como uno conservador<sup>23</sup>.

Un ejemplo del desarrollo conservador ha sido planteado por el Procurador General Alejandro Ordoñez en el concepto sobre una demanda de reconocimiento de la adopción conjunta de parejas del mismo sexo afirmó que no existía un cambio de precedente, sino una nueva perspectiva sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, coherente con el precedente según el cual la familia monogámica y heterosexual es la única constitucionalmente protegida, se afirma en el concepto:

“El Ministerio Público reconoce la existencia una reiterada jurisprudencia constitucional en torno a los derechos de las parejas homosexuales, pero también advierte la existencia de una jurisprudencia específica sobre la temática de la familia y de la adopción. Existen, por tanto, dos clases de precedentes que deben tratar de armonizarse, en la medida en que esa armonización sea imperiosa en el marco constitucional” (Procuraduría General de la Nación, 2009).

Para la Procuraduría las parejas del mismo sexo tienen protección constitucional pero no es la misma que se da a la pareja heterosexual que, a su juicio, es la única que conforma familia. Esto se debe a que el criterio de razón suficiente para distinguir legítimamente la familia de las parejas del mismo sexo, es la diferenciación sexual y la reproducción de la especie.

Esta interpretación muestra que el precedente dejó un espacio suficiente para un desarrollo conservador, el cual puede resumirse en la expresión “no más allá”, es decir, reconocer la unión marital de hecho de parejas del mismo sexo, pero preservar la definición heterosexual de la familia. Esta idea conservadora estaba planteada desde la sentencia C-075 de 2007, como se evidencia en la aclaración de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy y Nilson Pinilla:

“aunque compartamos plenamente la decisión adoptada en la presente Sentencia, así como las consideraciones expuestas para sustentarla, estimamos necesario aclarar que solamente hemos apoyado el fallo, tras cerciorarnos de que el mismo no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege”<sup>24</sup>.

A pesar de lo anterior, el precedente también dejó un espacio para un desarrollo

---

<sup>22</sup> Uprimny, Rodrigo. Conferencia derechos de la población homosexual, parejas del mismo sexo y familia. Seminario nuevas tendencias sobre derechos fundamentales de parejas del mismo sexo. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. 13 de agosto de 2009.

<sup>23</sup> Esta es la razón por la cual el magistrado Jaime Araújo Rentería salvó el voto en varias de estas decisiones, ya que su posición era otorgar automáticamente todos los derechos sin esperar a cada demanda. Su metáfora de la cadena es muy ilustrativa: “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”. Salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>24</sup> Aclaración de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy y Nilson Pinilla, Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

progresista. Un ejemplo de este tipo de planteamiento puede encontrarse en la intervención ciudadana del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia – respecto al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Sobre la interpretación de la sentencia C-029 de 2009, Dejusticia sostiene un criterio que se ha aplicado a lo largo de la reclamación de los derechos de parejas del mismo sexo: el concepto de familia no puede ser un argumento usado para discriminar, y además debe aplicarse el test estricto de proporcionalidad. Según la intervención ciudadana:

“así como no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria per se, tampoco la adscripción de las primeras a la noción de familia puede justificar per se el trato discriminatorio. En tanto imperativo constitucional, la protección especial de la familia heterosexual debe someterse en cada caso concreto al análisis propio del test estricto de proporcionalidad, pues lo contrario implicaría un retorno a la jurisprudencia anterior a la C-075/07 y, por tal razón, un desconocimiento del precedente vigente” (Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, 2010).

Al interior de la sentencia C-029 de 2009 conviven tres criterios jurisprudenciales, a saber, la protección de la familia heterosexual proveniente de los sectores conservadores, la aplicación del test estricto de proporcionalidad promovido por los sectores progresistas y la doctrina del mínimo de protección constitucional la cual fue creada por acuerdo al interior de la Corte Constitucional<sup>25</sup>. Esta tensión no debería tener efectos en los derechos reconocidos por la Corte pero sin duda tendrá impacto en las decisiones sobre la adopción y el matrimonio. A pesar de lo anterior, como veremos en la siguiente sección, la posición conservadora se impuso en una decisión que parecía ser un caso fácil relacionado el acceso a la pensión de sobreviviente de un compañero del mismo sexo.

### **3. Sentencia C-911 de 2009: el retorno de la discriminación**

En enero del 2010 la Corte Constitucional dio a conocer la sentencia T-911 de 2009, aprobada por una de las salas de revisión de la Corte Constitucional y conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio, Humberto Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla, este último ponente de la decisión, la cual no tuvo ni aclaraciones, ni salvamentos<sup>26</sup>. Esta sentencia es un retroceso para los derechos de parejas del mismo sexo, al menos por dos razones. Por una parte, hace de las sentencias que reconocen derechos las parejas del mismo sexo, especialmente la C-336 de 2008 sobre derecho a la pensión de sobreviviente, una sentencia de papel, es decir, una sentencia difícil de implementar y prácticamente inocua en algunos casos para reclamar realmente los derechos. Por otra parte, la ineficacia de estas sentencias se funda en un hecho discriminatorio que tiene como fundamento la ideología conservadora al interior de la Corte y la tensión entre protección e igualdad.

#### *3.1 La historia de Juan Carlos*

Juan Carlos Corredor convivió con su compañero, José Valdemar Sánchez, durante 26 años hasta su muerte el 6 de julio de 2007. Por esta razón, Juan Carlos inició los

---

<sup>25</sup> Para un análisis sobre la política constitucional sobre los derechos de los homosexuales ver el trabajo de Julieta Lemaitre: Lemaitre, J. (2005). Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. en D. Bonilla, & M. Iturralde, *Hacia un nuevo derecho constitucional* (pp. 181-217). Bogotá: Universidad de los Andes.

<sup>26</sup> Durante el trámite en la Corte Constitucional, la organización Colombia Diversa, el Programa Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes y el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti presentaron amicus curiae abogando para la protección de los derechos de Juan Carlos.

trámites para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de su compañero, quien la disfrutaba desde el año 2003. Para ello presentó al Instituto de Seguros Sociales (ISS) dos declaraciones ante notario, una de las cuales correspondía al hermano del compañero fallecido y otra a un amigo de la pareja.

El Instituto de Seguros Sociales negó la solicitud a Juan Carlos y concedió la pensión al hijo de pensionado, Javier Mauricio Sánchez. En ese momento (12 de febrero de 2008), la Corte Constitucional no se había pronunciado sobre el derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo (sentencia C-336 del 16 de abril de 2008), pero ya lo había hecho sobre los derechos patrimoniales y reconocimiento de la unión marital de hecho (sentencia C-075 de 2005). Juan Carlos, a través de su abogada, interpuso los recursos correspondientes, pero el ISS siguió negando la pensión. En respuesta a los recursos la entidad aseguró que no se había acreditado la existencia de la relación en los términos señalados en la sentencia C-336 de 2008, es decir, mediante declaración conjunta de los integrantes de la pareja.

Juan Carlos interpuso una acción de tutela argumentando que esta actuación violaba sus derechos fundamentales. Durante el trámite tanto los jueces de instancia como la entidad accionada sostuvieron que no se violaba ningún derecho fundamental debido a que no se acreditó la existencia de la pareja según los términos y condiciones establecidos en la mencionada sentencia. Además, en el procedimiento de la acción de tutela se presentó el hijo del compañero de Juan Carlos, quien aseguró que su papá no tenía “tendencias homosexuales” y que Juan Carlos “fue un protegido de su padre” y acusó al compañero sobreviviente de que está realizando esta actividad de mala fe para quedarse con sus bienes.

### *3.2 Argumentos para negar la protección de los derechos fundamentales*

La Corte negó la protección de los derechos con dos tipos de argumentos. El primero, el cual parece ser la *ratio decidendi* (razón para decidir) de la sentencia, se relaciona con la falta de procedibilidad de la acción de tutela, debido a que Juan Carlos Corredor no tendrá ningún perjuicio irremediable, por cuanto es profesional y puede trabajar. Agrega además la Corte: “el solo hecho de tratarse de un homosexual no confiere una prelación especial en circunstancias como estas”<sup>27</sup>. Por otra parte, la Corte presenta un argumento de fondo, según el cual no debe otorgarse el derecho a la pensión de sobreviviente porque la sentencia C-336 de 2008 tiene efectos hacia el futuro y por tanto no protegería al accionante.

Adicionalmente, la Corte realiza un análisis sobre la necesidad de acreditar la existencia de la unión marital de hecho como requisito para acceder a la pensión de sobreviviente, mediante una única prueba, es decir, la declaración conjunta. Este asunto ampliamente analizado no es tenido en cuenta en la decisión del caso por lo que podrían considerarse *obiter dicta* (dichos de paso) de esta sentencia.

### *3.3. Los errores de la sentencia*

En este apartado mostraré los que considero los errores conceptuales y metodológicos de la sentencia T-911 de 2009, los cuales se concentran en dos aspectos centrales. El

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

primero se relaciona con la incoherencia y discriminación en relación con el medio de prueba de la unión marital de hecho entre compañeros permanente. El segundo se refiere a la interpretación de los efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008.

### *3.3.1 El clóset como arma para negar derechos*

Según la Corte la única prueba aceptable para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la pareja del mismo sexo es la declaración conjunta ante notario de los integrantes de la pareja. Esto se justifica según la Corte por tres razones: la primera razón se relaciona con un argumento simplemente literal: la sala plena así lo determinó (Sentencia C-336 de 2008) y así también lo ha reiterado una sala de revisión (T-1241 de 2008).

La segunda razón se relaciona con la necesidad y justificación de este medio de prueba. Según la Sala de debe realizarse esta prueba de forma previa y conjunta porque está en juego la orientación sexual de las personas, asunto “con importantes implicaciones para ambos miembros de la pareja e incluso para sus familias”. Además se afirma en la sentencia que “resalta la Sala la gran dificultad existente para reconocer derechos derivados de este tipo de relaciones cuando una de las personas que la conforma ha fallecido, sin reconocerlo ni dejar prueba de ello”, y continúa la Corte:

“en armonía con la figura jurídica de la unión marital de hecho y los derechos y obligaciones que se derivan, que la existencia de ese hecho social de tan trascendentales implicaciones jurídicas no puede ser una circunstancia absolutamente oculta, que sólo surja a la luz pública con ocasión de la posterior reclamación de un derecho prestacional, sino por el contrario, un hecho suficientemente conocido, a partir del cual puedan los interesados ejercer de manera tranquila y sin objeciones de terceras personas, los derechos que de él se derivan”<sup>28</sup>.

En otras palabras, por ser la orientación sexual algo “con importantes implicaciones” debe declararse antes de la muerte, y agrega la Corte que se trata de una carga racional y justificada de las que “normalmente demanda el ordenamiento jurídico”.

La tercera razón se relaciona con la imposibilidad de aplicar la norma probatoria establecida para las parejas heterosexuales, pues según la Corte son dos tipos de pareja diferentes:

“Finalmente, frente a las objeciones planteadas en torno a la igualdad para las parejas del mismo sexo respecto de los requisitos normalmente exigidos a las parejas heterosexuales para la obtención de la pensión de sobreviviente, debe la Corte anotar que si bien no existe norma ni pronunciamiento judicial que exija que en este caso de adelante la indicada diligencia, no entiende que ello resulte discriminatorio para las parejas del mismo sexo. La principal y evidente razón para ello es que en realidad no existe entre estas dos situaciones igualdad fáctica suficiente como para albergar una expectativa de trato igual, debido a las serias implicaciones sociales y personales que, según, lo explicado, tiene la existencia de una pareja del mismo sexo, especialmente la aceptación de importantes circunstancias que no podrían ser presumidas, implicaciones que como es evidente no concurren en el caso de una pareja heterosexual”<sup>29</sup>.

Como puede verse la primera razón es una mala interpretación del precedente, debido a que como quedó claro en el Auto 163 de 2008 y en la sentencia T-1241 del mismo año, no es necesaria la concurrencia conjunta de los integrantes de la pareja del mismo sexo.

---

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

Ante la decisión tomada en la sentencia C-336 de 2008 sobre el medio de prueba, los demandantes en ese proceso interpusieron una solicitud de aclaración debido a que consideraban que la expresión de la parte resolutive de la sentencia la cual afirmaba que la pareja debía ser “**acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales**” podría derivar en una interpretación según la cual el único medio probatorio la declaración conjunta ante notario, lo cual a su juicio podría generar imposibilidad absoluta de acceder a la pensión en caso del fallecimiento, el cual es muchos casos resulta sorprendente, imprevisto o imprevisible, sin que se realice la declaración mencionada. Por otra parte, se argumentaba que este requisito era discriminatorio por cuanto a las parejas heterosexuales no les es aplicable, ya que de conformidad con la ley, cuentan con otro mecanismo para acreditar su condición de tales como requisito de acceso a la pensión de sobreviviente. En efecto, el artículo 11 del Decreto 1889 de 1994 dispone que *‘se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente, se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley’*. La Corte Constitucional negó la solicitud de aclaración con el siguiente argumento:

“10. Que, contrario a lo expuesto por los solicitantes, la Sala considera que las expresiones sobre las cuales recae la petición de aclaración no generan equivoco, duda, ambigüedad o perplejidad en su intelección, pues su texto envía a las previsiones de la Sentencia C-521 de 2007 **y en ésta no se encuentra expresamente establecido que los integrantes de la pareja están obligados a concurrir simultáneamente ante el notario**; en la Sentencia C-521 de 2007, se dijo:

“La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico” (subrayado fuera del texto original)<sup>30</sup>.

Posteriormente, la Corte Constitucional conoció un caso del compañero de un sargento retirado del ejército (Sentencia T-1241 de 2008), en la cual reconoció el derecho a la pensión de sobreviviente a los miembros de la fuerza pública, pero tuvo que negar la protección constitucional por cuanto no se había demostrado la existencia de la unión. La Corte recordó:

“Conforme a las sentencias mencionadas, la Sala debe reiterar que para acreditar el vínculo debe existir, cuanto menos, **una declaración juramentada ante notario ya que la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja no tiene el poder de acreditar la voluntad de conformar un lazo de manera permanente**” (subrayado fuera del texto original)<sup>31</sup>.

La aceptación de los mismos medios de prueba ha sido acogida incluso por el Instituto de Seguros Sociales entidad accionada en este proceso, la cual el 30 de octubre de 2008 mediante memorando GNAP 5544 aseguró que:

“conforme a los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007, deberá tenerse especial consideración de la declaración que se haga ante autoridad notarial por parte de los integrantes de la pareja, manifestación ésta que gozará de la presunción de la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto y frente a la cual **no podrá exigirse por parte del operador administrativo, que se**

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Auto 163 de 2008, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1241 de 2008, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

**haya suscrito en forma simultánea por los dos miembros de la pareja, por hallarse en imposibilidad jurídica de hacerlo ante el acaecimiento del hecho de la muerte respecto de uno de ellos**<sup>32</sup>. (Subrayado fuera del texto)

El segundo y tercer argumento están fundamentados en criterios discriminatorios y contradicen lo establecido en la jurisprudencia constitucional, incluso lo mencionado en la propia sentencia T-911 de 2009. La Corte creó una subregla con la cual se pueden llenar vacíos de interpretación relacionados con la aplicación de las sentencias: los compañeros permanentes del mismo sexo deben cumplir los mismos requisitos y condiciones exigidos para los compañeros permanentes heterosexuales (Sentencias C-075 de 2007, T-856 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, T-1241 de 2008 y C-029 de 2009)<sup>33</sup>. En ese mismo sentido la sentencia T-911 de 2009 sigue esta línea jurisprudencial en una parte de la sentencia, pero en el análisis de la cuestión es contradictoria con este postulado, según la sala:

“Así las cosas, resalta la sala que el reconocimiento de prestaciones o de derechos específicos en cabeza de estas personas está sujeto a los mismo requisitos que conforme a las normas aplicables resultan exigibles frente a la generalidad de las personas, de los cuales no podrán ser exonerados únicamente en atención a su condición de homosexuales”<sup>34</sup>.

¿Por qué la Corte afirma que se deben aplicar los mismos requisitos y un apartado más adelante en la sentencia afirma que se deben aplicar requisitos especiales por la particular “naturaleza” o “diferencia de las parejas del mismo sexo? Esta contradicción es la evidencia de la discriminación y del retroceso de los derechos de las parejas del mismo sexo en la Corte. Por si fuera poco Juan Carlos y su compañero no conocían de esta “prueba” debido a que este último falleció un año antes de la sentencia de la Corte.

### *3.3.2 El formalismo respecto a los efectos*

La Corte consideró que los efectos de la sentencia regían hacia el futuro y que por tanto Juan Carlos Corredor no estaría protegido por la sentencia de la Corte Constitucional. La Corte no tuvo en cuenta al menos tres argumentos relevantes. El primer argumento se relaciona con el origen de la discriminación, la cual tuvo como fuente la ley y fue avalada previamente por la Corte Constitucional. Es decir, los perpetrados del hecho discriminatorio fueron las instituciones estatales y no puede insistirse en la negación de derechos por vía de una interpretación literal de la ley estatutaria de administración de justicia. El segundo argumento íntimamente relacionado con el anterior, es la habilitación que tiene la Corte para extender los efectos de la sentencia teniendo en cuenta que el Comité de Derechos Humanos ordenó al Estado colombiano, incluida por supuesto la Corte Constitucional, eliminar las causas de la discriminación de las parejas del mismo sexo. La Corte favoreció la interpretación que no protegía los derechos fundamentales en contravía con su función constitucional. El tercer argumento, se relaciona con el comportamiento institucional de la Corte quien ha reconocido derechos

---

<sup>32</sup> Respuesta a Colombia Diversa de Instituto de Seguro Social. Bogotá, 30 de octubre de 2008.

<sup>33</sup> Como lo argumenté en otro texto sobre el particular, esta regla procedimental es de gran importancia para los operadores jurídicos quienes deben tener en mente que la igualdad de derechos implica igualdad en requisitos y procedimientos. En este sentido, cualquier procedimiento, requisito o interpretación que obstaculice o anule el disfrute de los derechos de las parejas del mismo sexo será inconstitucional. Albarracín, M., & Azuero, A. (2009). *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencia emblemáticas*. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos – ILSA.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

pensionales a las parejas heterosexuales desde la entrada en vigencia de la Constitución. En diversas sentencias (C-309 de 1996 C-653 de 1997, C-050 de 2000, T- 92 de 2008) se demandaban artículos de diferentes leyes que estipulaban que el derecho establecido en favor de las viudas de obtener una pensión se perdía cuando, por culpa de la viuda, los cónyuges no vivieran unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contrajera nuevas nupcias o hiciera nueva vida marital. Así, la Corte encontró que existía un trato discriminatorio hacia las viudas que han contraído otro matrimonio y exigió remediar esta discriminación desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

### *3.4 Consecuencias de la sentencia*

Esta sentencia es un retroceso y una evidencia de lo problemático e inestable del precedente constitucional. Retornamos a la discriminación contra las parejas del mismo sexo, esta vez por vía de la implementación de la sentencia. Es una discriminación que hace ineficaz la sentencia de pensión de sobreviviente debido a que las personas quienes vivían en pareja, y cuyo integrante pensionado hubiere fallecido antes del 16 de abril del 2008, no podrá acceder a la pensión de sobreviviente. Adicionalmente, es indispensable que las parejas acudan ante la notaría a declarar su unión, so pena, de no ser reconocido su derecho a la pensión de sobreviviente. Esta sentencia es una pieza de la historia jurisprudencial de la injuria contra la población de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas. Además es la prueba que necesita la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos para admitir y pronunciarse de fondo sobre los casos de pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo los cuales hacen curso contra el Estado colombiano en estas instancias (por ejemplo, en el caso de Ángel Alberto Duque C. Colombia).

## **4. Adopción y matrimonio: entre la mínima protección y la igualdad**

La sentencia C-029 de 2009 es un gran paso para la igualdad, pero en su interior persisten importantes elementos que obstaculizan la igualdad real de las parejas del mismo sexo. Estos elementos afectan la implementación de los derechos reconocidos, toda vez que se acude a una superioridad de la pareja heterosexual para seguir negando derechos, como ocurrió en la sentencia T-911 de 2009.

Las sentencias C-029 y T-911 de 2009 se han dado en un contexto de transición constitucional, debido a que existió un relevo de seis de los nueve magistrados de la Corte Constitucional, y además hubo un cambio en la dirección de la Procuraduría General de la Nación. Este contexto es muy relevante porque implica a su vez dos grandes retos. El primero se refiere a la continuidad del precedente respecto de la Corte Constitucional que produjo las sentencias sobre parejas del mismo sexo, en otras palabras, la gran pregunta que subyace es cuál será el papel de los nuevos magistrados de la Corte Constitucional respecto al precedente, al respecto se plantean tres opciones: una ampliación del precedente a otras áreas, incluso las relacionadas con el reconocimiento de la familia; una continuidad del precedente sin avances significativos; y una tercera, aunque menos probable, una restricción o menoscabo del precedente.

El otro reto es el papel del Procurador Alejandro Ordoñez Maldonado quien es un ferviente enemigo de los derechos de la población de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas. En varias de sus actividades y escritos previos el Procurador se ha

mostrado como un católico fundamentalista y ahora tendrá funciones constitucionales relacionadas con el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo (Ordoñez, 2003) (Ordoñez, 2007).

Sumado a este contexto de incertidumbre institucional se agrega el hecho que durante el 2009, la Corte inició el estudio de los temas más controvertidos y difíciles en materia de derechos de parejas del mismo sexo: el derecho a la adopción conjunta y al matrimonio de las parejas del mismo sexo. En relación con el debate de la adopción se dio un primer debate en la Corte pero se tomó una decisión inhibitoria (sentencia C-802 de 2009), debido a que el demandante “no tuvo en cuenta una serie de disposiciones dispersas en distintos estatutos que desarrollan la institución de la adopción, que, para llegar a una conclusión en uno u otro sentido, deberían ser examinadas de manera conjunta y sistemática”<sup>35</sup>. En relación con el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte tendrá que pronunciarse sobre dos demandas instauradas a finales de 2009<sup>36</sup>.

Junto a estos nuevos retos, la Corte debe decidir casos de discriminación de las parejas del mismo sexo respecto a los derechos reconocidos por la jurisprudencia constitucional<sup>37</sup>. No obstante, la sentencia T-911 de 2009 a pesar de fundarse en el precedente constitucional adopta una forma de decidir constituye un regreso al pasado y una nueva forma de discriminación. Esta forma de proceder es una forma de hipocresía constitucional, según la cual se mantiene un precedente progresista pero se toman decisiones homofóbicas que obstaculizan el disfrute de los derechos.

Las demandas de matrimonio, los casos de adopción y los casos relacionados con la garantía plena de los derechos de las parejas serán decisiones definitivas para saber el rumbo que tendrá el precedente constitucional: si se tomará el camino de la igualdad o se mantendrá en el nivel de la protección mínima.

## **Bibliografía**

Albarracín, M., & Azuero, A. (2009). *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencia emblemáticas*. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos – ILSA.

Albarracín, M., & Noguera, M. (2008). *Situación de los derechos humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Colombia 2006 – 2007*. Bogotá: Colombia Diversa .

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Comunicado de prensa No. 49 del 10 de noviembre de 2009, Sentencia C-802 de 2009, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>36</sup> Demandas de inconstitucionalidad, expedientes acumulados No. D-7882 y D-7909

<sup>37</sup> La Corte Constitucional debe decidir los expedientes acumulados T-2299859, T-2324790 y T-2386935, los cuales se refieren a derecho la pensión de sobreviviente.

Bonilla, D. (2008). Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07. In C. D. Público, *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad, sentencia C-075/07* (pp. 11-39). Bogotá: Colombia Diversa y Universidad de los Andes.

Cajas, M. (2009). Minimalismo judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Cuestiones Constitucionales, No. 20*, 277-303.

Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia. (2010). Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad de los expedientes acumulados No. D-7882 y D-7909. Normas demandadas: artículo 113 del Código Civil e inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996. Bogotá.

Céspedes, L. (2004). *¿El fin o la modificación del juego? Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud, Tesis de grado maestría en género*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Ciencias Humanas.

Estrada, A. J. (2003). La orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. In *Memorias de las IV jornadas de derecho constitucional y administrativo* (pp. 177-216). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lemaitre, J. (2005). Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. In D. Bonilla, & M. Iturralde, *Hacia un nuevo derecho constitucional* (pp. 181-217). Bogotá: Universidad de los Andes.

Moncada, P. (2002). La huida de la Corte: el derecho al onanismo. *Revista Tutela* .

Motta, C. (1998). La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales. In *Observatorio de justicia constitucional: La Corte Constitucional – el año de la consolidación* (pp. 290 – 299). Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores.

Ordoñez, A. (2007). *El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la revolución cultural*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Ordoñez, A. (2003). *Hacia el libre desarrollo de la animalidad*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.

Payne, W. (2007). *Violencia motivada por homofobia por grupos armados al margen de la ley: Una investigación del fenómeno en el contexto del conflicto armado en Colombia*. Buenos Aires: Una tesis presentada a la Facultad de Ciencias Sociales - Escuela de Relaciones Internacionales de La Universidad del Salvador.

Procuraduría General de la Nación. (2009). Concepto del Ministerio Público en la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3 (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. Bogotá.

Sunstein, C. (2001). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.

Uprimny, R. (2009). Una jurisprudencia a favor de la igualdad y de la diversidad. *El Espectador* .