



DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO, IGUALDAD Y PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA

Daniel Bonilla*

Tradicionalmente, las facultades de Derecho en Colombia han dado poca importancia a las materias prácticas y se han preocupado muy poco por contribuir a la creación de una sociedad más democrática, libre e igualitaria. Los programas de derecho, históricamente, se han concentrado en uno solo de los elementos que componen la espina dorsal de una buena formación jurídica: la enseñanza de las normas creadas por el legislador. Esta excesiva atención en la información jurídica, ha oscurecido la relevancia que tienen las materias prácticas en la formación de un buen jurista, esto es, la importancia que tienen las materias que permiten que los estudiantes adquieran habilidades a través del desarrollo de tareas similares a las que comúnmente se adelantan en la práctica profesional. De igual forma, esta concentración excesiva en la enseñanza de las leyes ha llevado a que las facultades de derecho no creen vínculos con la comunidad en la que están inmersos - o que éstos sean muy tenues - y a que no consideren relevante la utilización de los recursos humanos y de infraestructura que están a su disposición para contribuir a la solución de los innumerables problemas de justicia social que aquejan a nuestro país.

La única excepción a esta regla han sido los Consultorios Jurídicos - creados hace 36 años por el Decreto 196 de 1971. Estas instituciones han jugado un papel importante en la defensa de los derechos e intereses de personas de bajos recursos económicos a través, por ejemplo, de los centros conciliación y la representación ante los tribunales penales de personas de estratos socio-económicos bajos. Es importante notar que hoy en día todos los estudiantes de derecho en Colombia deben trabajar por lo menos por un año en un consultorio jurídico para poder graduarse como abogados. De igual forma, los consultorios jurídicos han abierto valiosos espacios para que los estudiantes adquieran habilidades que requieren para tener éxito en la práctica profesional, por ejemplo, la redacción de memoriales y la capacidad de mediar entre partes en conflicto. Sin embargo, el trabajo que usualmente han desarrollado los consultorios jurídicos tiene dos límites importantes. Por un lado, no contribuyen a solucionar el conflicto social estructural que está detrás de muchos de los problemas individuales

* Director Área de Interés Público y Justicia Colectiva y Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Doctorado en Derecho, Universidad de Yale. Maestría en Derecho, Universidad de Yale. Algunos apartes de este texto recogen lo expuesto en un breve documento publicado en <http://gdip.uniandes.edu.co/> y algunas de las ideas publicadas en Corte Constitucional, Igualdad y Orientación Sexual, Seminario Virtual Caja de Herramientas, Edición 51.

IGUALDAD Y PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA

que usualmente confrontan. Por el otro, tradicionalmente, no han hecho uso del potencial transformador de la sociedad que tienen muchas de las herramientas que el sistema jurídico ofrece, por ejemplo, las acciones populares, las acciones de grupo y la acción pública de inconstitucionalidad.

El trabajo del Grupo de Derecho de Interés Público de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes (G-DIP) tiene tres objetivos que buscan contribuir a la solución de los problemas anotados anteriormente. En primera instancia, pretende contribuir a la reflexión crítica en torno a la labor que han jugado y deberían jugar los grupos de derecho de interés público en las universidades latinoamericanas, en general, y colombianas, en particular. Para cumplir con este objetivo el G-DIP tiene como fin abrir espacios en la academia latinoamericana para discutir críticamente la literatura que existe sobre los consultorios de derecho de interés público y el rol que éstos han jugado, juegan y podrían jugar en la enseñanza del derecho y en la solución de problemas sociales estructurales. En segunda instancia, pretende que los estudiantes, con la dirección de los profesores que pertenecen al Grupo¹, planeen e implementen la estrategia jurídica adecuada para colaborar en la solución de problemas sociales particulares. De esta forma, se busca estrechar los vínculos entre la facultad de derecho y la comunidad en la que está inmersa y que los estudiantes tomen conciencia sobre el rol que deben jugar en una sociedad con graves problemas de injusticia social como la colombiana. En tercera instancia, aspira a que los estudiantes adquieran algunas destrezas necesarias para convertirse en buenos juristas, por ejemplo, adelantar una sólida investigación jurídica y planear rápida y certeramente estrategias legales.

Para cumplir con estos objetivos, el G-DIP hace uso de cuatro herramientas jurídicas y académicas: el litigio de alto impacto, la asesoría legislativa, la organización de seminarios que puedan contribuir al enriquecimiento del debate público en torno a temas de interés colectivo y la publicación de libros y artículos que puedan cumplir con este mismo objetivo. Desde su creación en 2003, el G-DIP ha trabajado en temas tan variados como la protección del medio ambiente, la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la salvaguarda de los derechos de las comunidades indígenas y la eliminación de la discriminación jurídica en contra de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT).

Para hacer efectivos los derechos de estos grupos minoritarios, el G-DIP presentó en los últimos 4 años, por ejemplo, dos demandas ante la Corte Constitucional colombiana cuestionando la constitucionalidad de la Ley General Forestal (ley 1021 de 2006) y presentó ante los tribunales ordinarios colombianos, en alianza con la organización no gubernamental colombiana *DeJusticia*, una acción de tutela² para la protección de los derechos fundamentales de las comunidades negras culturalmente diversas que habitan en el archipiélago Islas del Rosario. Del mismo modo, presentó, junto con *DeJusticia* y la ONG *Colombia Diversa*, dos demandas ante la Corte Constitucional que cuestionan la constitucionalidad de la ley 54 de 1990 (que regula la unión marital de hecho) y la ley 100 de 1993 (que regula todos los asuntos relacionados

¹ El G-DIP hace parte de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. En este momento su equipo esta conformado por diez estudiantes de último año de carrera; un director, profesor de tiempo completo de la facultad; una asesora jurídica de tiempo completo; y dos asesoras jurídicas de medio tiempo.

² La tutela es una acción constitucional creada para proteger de forma rápida, sencilla y barata los derechos fundamentales de los colombianos; todos los jueces en Colombia son competentes para decidir casos de tutela.

con la seguridad social en Colombia) - en tanto que violan los derechos fundamentales de los miembros de las parejas del mismo sexo. Igualmente, viene adelantando, en alianza con el *Center for Sexual and Reproductive Rights* de Nueva York, un proyecto de investigación/acción en torno a los patrones de discriminación que siguen los colegios en contra de las adolescentes embarazadas. De la misma manera, el G-DIP publica una columna en la revista colombiana SEMANA³ y organiza al menos un seminario al semestre sobre temas de interés público relacionados con los casos y proyectos que viene adelantando.⁴

A continuación expondré y analizaré brevemente uno de los casos llevados ante la Corte Constitucional colombiana por el G-DIP. Este es un caso de litigio de alto impacto que contribuyó a la solución de un problema social estructural en Colombia: la discriminación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano en contra de la comunidad LGBT. El proceso adelantado por el G-DIP terminó con la sentencia C-075 de 2007. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional colombiano concluyó que los miembros de las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos patrimoniales que los miembros de las parejas heterosexuales.

En 2005, el *G-DIP* y *Colombia Diversa*⁵ decidieron redactar y presentar una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional Colombiana⁶ que tuviera como objetivo atacar las diferencias injustificadas que hace el ordenamiento jurídico colombiano entre las parejas homosexuales y heterosexuales. Esta acción tenía como objetivo particular que la Corte declarara inconstitucional la definición de unión marital de hecho contenida en la ley 54 de 1990. Esta ley, que precisaba que la unión marital de hecho solo podía conformarse por un hombre y una mujer, excluía de su ámbito de aplicación a las parejas del mismo sexo. Esta norma jurídica, por tanto, evitaba que las parejas homosexuales recibieran los beneficios jurídicos patrimoniales que obtienen las parejas heterosexuales no casadas. La ley 54 no permitía, por ejemplo, que lesbianas y gays afiliaran a sus parejas al sistema de seguridad social y de pensiones.

De igual manera, en tanto que esta norma históricamente se había constituido en un referente para interpretar otras leyes - en la medida en que era la única norma que definía la unión marital de hecho - no permitía que gays y lesbianas recibieran los beneficios jurídicos no patrimoniales que el ordenamiento jurídico les otorga a las parejas heterosexuales, por ejemplo, no tener que testificar en contra de sus parejas en procesos penales o verse protegido por las normas que castigan la violencia intrafamiliar. Desde la perspectiva del G-DIP no había duda que la definición de unión

³ Ver sección columnas de opinión en: www.semana.com

⁴ Tres ejemplos de estos seminarios son los siguientes: “Diálogo interdisciplinario sobre la sanción penal como mecanismo para proteger la honra y el buen nombre frente a los abusos de la libertad de información” realizado en octubre de 2007; “La Ley General Forestal: ¿Extinción de los bosques o desarrollo sostenible?” realizado en abril de 2007; y “Los homosexuales en Colombia: ¿Ciudadanos de segunda categoría? Organizado en noviembre de 2006”.

⁵ Colombia Diversa “es una organización no gubernamental que trabaja en favor de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (personas LGBT) en Colombia”. Ver www.colombiadiversa.org

⁶ La Corte Constitucional Colombiana tiene la obligación de garantizar la supremacía de la Constitución, así como cargar de sentido sus valores, principios y derechos. Para cumplir con estos objetivos la Corte tiene dos medios. La revisión de las tutelas y el control abstracto de constitucionalidad. El primero permite a la Corte escoger, de entre todos los casos de tutela decididos en el país, aquellos que deben ser evaluados por la Corte de manera que se puedan obtener los siguientes dos objetivos: unificar la jurisprudencia o precisar y desarrollar el sentido de la Constitución.

IGUALDAD Y PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA

marital de hecho de la ley 54 violaba la Constitución. En particular, los derechos fundamentales a la igualdad, la dignidad humana y a la libre asociación contenidos en los artículos 13, 1 y 28 de la Carta Política.

En concepto del G-DIP, la distinción que hacía la ley 54 entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales no tenía justificación. La orientación sexual de los miembros de la pareja no es, en principio, un criterio legítimo para que una democracia liberal distribuya recursos escasos básicos – como lo son los derechos patrimoniales y no patrimoniales que se derivan de la ley 54. Tanto las parejas del mismo sexo como las parejas heterosexuales son consecuencia de la decisión de dos individuos de vivir conjuntamente. Por tanto, el reconocimiento de las consecuencias jurídicas de la vida en pareja no puede estar sujeto a las valoraciones morales que haga el Estado en torno a las preferencias sexuales y afectivas de los ciudadanos.

Desde la perspectiva del G-DIP, la ley 54 también violaba las tres dimensiones que, según la Corte Constitucional colombiana, tiene el derecho a la dignidad humana: vivir como se quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones. La primera dimensión, que alude a la posibilidad de que los ciudadanos escojan y vivan libremente sus proyectos de vida, es violada por la ley 54 en tanto que no permite que los ciudadanos homosexuales materialicen plenamente sus planes de buen vivir. La ley 54 reconocía jurídicamente sólo a las parejas heterosexuales. Para un número grande de personas la vida en pareja es parte fundamental de su proyecto de vida. Sin embargo, la vida en pareja no puede gozarse plenamente si el Estado, por un lado, no se abstiene de interferir en la órbita de la intimidad en donde se desarrolla una parte importante de ella, y si, por el otro, ésta no es reconocida en la esfera pública. Sin el reconocimiento jurídico, la vida en pareja no puede adelantarse apropiadamente. Cuestiones como las pensiones, los seguros médicos, las reglas que determinan la distribución de los bienes comunes en caso de separación o muerte de uno de los miembros, por ejemplo, resultan centrales para que las parejas puedan funcionar de manera adecuada.

Para el G-DIP la segunda faceta del derecho a la dignidad humana, esto es, la posibilidad de vivir bien, también era violada por la ley 54. Según la Corte Constitucional, esta faceta de la dignidad humana está directamente relacionada con tener acceso a ciertas condiciones materiales que se requieren para la existencia física y moral de las personas. No es posible llevar una vida digna, argumenta la Corte, si no se pueden satisfacer las necesidades humanas básicas. Para el G-DIP, la ley 54 contrariaba este derecho fundamental cuando no permitía que los miembros de las parejas del mismo sexo que fueran vulnerables desde el punto de vista socio-económico accedieran a los recursos que el sistema jurídico provee para intentar mitigar la situación de los ciudadanos menos favorecidos, por ejemplo, el sistema nacional de salud y pensiones.

El G-DIP, por último, consideró que la ley 54 violaba la tercera dimensión del derecho a la dignidad humana: vivir sin humillaciones. Esta ley ponía de manifiesto que el Estado prefería el proyecto de vida heterosexual por sobre el proyecto homosexual. De esta forma, el Estado colombiano estaba mandando un poderoso y muy negativo mensaje a la comunidad política: en el país existen unos ciudadanos de primera categoría – los heterosexuales – y unos de segunda categoría – los homosexuales. Así, el Estado, mediante la ley 54, les indicaba a los colombianos que estaba dispuesto a utilizar los recursos escasos a su disposición para favorecer la perspectiva de buen vivir promovida por la mayoría de los ciudadanos. Consecuentemente, el Estado estaba

robusteciendo el prejuicio que históricamente ha existido en Colombia en contra de la homosexualidad, esto es, que es una orientación sexual cuestionable moral y políticamente.

Finalmente, el G-DIP consideró que la ley 54 violaba el derecho a la libre asociación. Según la Corte Constitucional, la Carta Política garantiza este derecho siempre y cuando la agrupación creada sea fruto de la libre voluntad de las partes, persiga un fin lícito, genere una organización que tenga un carácter unitario y sus miembros puedan entrar y salir libremente. Desde la perspectiva del G-DIP, las asociaciones que crean los homosexuales cuando deciden vivir en pareja cumplen con estos requisitos. Las parejas del mismo sexo son producto de la autonomía de la voluntad de sus miembros, gozar plenamente de la orientación sexual sin perjudicar a terceros es un fin lícito, la pareja es una entidad unitaria y sus partes pueden decidir terminarla en cualquier momento. El hecho de que el Estado desconozca la voluntad de los individuos homosexuales de crear una comunidad de vida - al no otorgarle ningún reconocimiento jurídico - implica una violación al derecho de asociación. Sin este reconocimiento, las parejas del mismo sexo no existen para la esfera pública, y, por tanto, no pueden gozar de los derechos y obligaciones que tienen las diversas formas de agrupación creadas por los ciudadanos y protegidas por la Constitución.

Aproximadamente un año después de presentada la demanda, la Corte Constitucional se pronunció sobre sus peticiones en la sentencia C-075 de febrero 7 de 2007.⁷ En este fallo, la Corte decidió que la ley 54 de 1990 debe aplicarse tanto a las parejas heterosexuales como a las parejas del mismo sexo. La Corte, en la parte resolutive de la sentencia declaró “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 en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.”

Esta sentencia constituye un fallo histórico en Colombia por cuatro razones fundamentales. En primera instancia, porque la Corte le envía un mensaje poderoso a todos los colombianos: en una democracia liberal como la colombiana no puede haber ciudadanos de primera categoría y ciudadanos de segunda categoría. La Constitución de 1991, indica la Corte, exige que el Estado trate con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos. La orientación sexual no es un criterio legítimo de distinción para la distribución de derechos y obligaciones básicos. El Estado, afirma la Corte, no puede utilizar los recursos escasos a su disposición para favorecer los proyectos de buen vivir de algunos de sus ciudadanos, los heterosexuales, frente a los proyectos de buen vivir de otros de sus ciudadanos, los homosexuales.

En Colombia, asevera la Corte, ni la administración, ni el Congreso, ni los jueces pueden utilizar el derecho, el presupuesto nacional o el poder coercitivo del que disponen para privilegiar las visiones morales de algunos de sus ciudadanos, aún si éstos constituyen la mayoría dentro de la comunidad política. El asunto discutido por la Corte, por tanto, no está centrado en la moral, no tiene que ver con si consideramos reprochable la homosexualidad o si consideramos que ésta es una orientación sexual que tiene un valor equivalente al de la heterosexualidad. Este, es un problema político

⁷ Tanto el texto completo de la sentencia como otros materiales relacionados con el proceso que terminó con esta decisión, artículos de prensa nacional e internacional relacionados en donde se reseña o analiza la decisión y el concepto del procurador, entre otros, se pueden encontrar en <http://gdip.uniandes.edu.co>

IGUALDAD Y PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA

y jurídico: iguales ciudadanos deben tener iguales derechos y obligaciones fundamentales.

En segunda instancia, este es un fallo histórico porque visibiliza jurídicamente a las parejas del mismo sexo. Esta sentencia marca el nacimiento de las parejas del mismo sexo a la vida jurídica y genera algunas consecuencias positivas, muy concretas, para los integrantes de las mismas. Para la Corte, a partir de la sentencia C-075 de 2007, tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales, luego de dos años de convivencia continua, crean una unión material de hecho. De esta forma, todos los bienes que fueron adquiridos por los miembros de la pareja durante la vida en común, salvo aquellos obtenidos por herencia, legado o donación, son considerados propiedad de los dos individuos que componen la relación.

Al ser expedida en 1990, la ley 54 reconoció un hecho social evidente y neutralizó una injusticia cometida en contra de muchas mujeres colombianas. Por un lado, reconoció que un número importante de personas en el país viven en pareja sin estar casados; y por el otro, que era necesario regular jurídicamente este hecho social para evitar que los bienes adquiridos por los dos miembros de la relación terminaran, al final de la misma, en manos de uno solo de ellas - usualmente en las del hombre. Con la sentencia que aquí se comenta, la Corte finalmente reconoció que las normas que regulan de la unión marital de hecho se le deben aplicar también a las parejas del mismo sexo, y, por tanto, admitió que éstas hacen parte de la realidad social de nuestro país y que no concederle ningún efecto jurídico genera profundas injusticias para sus integrantes. La sentencia, entonces, no solo concentra un inmenso poder simbólico; ésta concentra también un notable poder material.

En tercera instancia, el fallo constituye un avance histórico, porque la Corte dio un giro importante en su jurisprudencia. Aunque la Corte había protegido sistemáticamente los derechos fundamentales de las personas homosexuales⁸, hasta ahora se había negado a reconocerle derechos a los homosexuales que conforman una pareja⁹ - de hecho, en 1996 la Corte declaró que la ley 54 se ajustaba a la Constitución.¹⁰ En el fallo recientemente proferido, la Corte, afirma por primera vez en la historia de Colombia que las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales son, por lo menos en materia de comunidad de bienes, iguales ante el derecho. Este giro jurisprudencial hace pensar que se ha abierto el camino que llevará a que en Colombia no haya diferencias jurídicas injustificadas entre homosexuales y heterosexuales, y que la Corte será la institución que lidere este proceso de cambio que permitirá que nuestro país sea más incluyente y tolerante frente a la diferencia.

En cuarta y última instancia, porque la decisión tomada por una mayoría de ocho magistrados, con un salvamento de voto que se aparta del fallo porque no es suficientemente radical, evidencia que en Colombia ha habido cambios notables en la percepción que se tiene de la homosexualidad. El hecho de que magistrados marcadamente conservadores en cuestiones culturales hayan votado a favor de la

⁸ Ver, por ejemplo, las sentencias T-097 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-101 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz, C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-507 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-618 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ Ver, por ejemplo, las sentencias C-098 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-999 de 2000 Fabio Morón Díaz, T-1426 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis, SU-623 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-814 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰ Sentencia C-098 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

constitucionalidad condicionada de la ley 54 explicita los cambios que se han dado en el país frente a las diferentes opciones sexuales de las personas que lo componen. En otras ocasiones, estos magistrados han votado, por ejemplo, a favor de la penalización del aborto, la constitucionalidad del Concordato entre la iglesia católica y el Estado colombiano y la decisión de la administración de no afiliar al sistema de seguridad social a las parejas de individuos homosexuales. Parecería que hoy hay un mayor compromiso con la igualdad en materia de orientación sexual. No quiere decir esto que los prejuicios en contra de los homosexuales hayan desaparecido, significa simplemente que se han dado algunos pasos importantes para su neutralización.

La sentencia de la Corte constitucional dio un paso fundamental en el camino que lleva a la igualdad entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo. Sin embargo, aun quedan áreas importantes del ordenamiento jurídico colombiano en donde la discriminación en contra de las parejas del mismo sexo es la regla. Las lesbianas y gays, por ejemplo, no pueden afiliar a sus parejas al sistema de pensiones, no pueden negarse a testificar en contra de su pareja en un proceso penal, no pueden hacer uso de las normas que castigan la violencia entre los miembros de una pareja y no pueden recibir beneficios que se derivan del vínculo laboral que tienen sus “otros significativos” por ejemplo, los subsidios de vivienda. Para contribuir a eliminar la discriminación que todavía existe en el sistema jurídico colombiano en contra de los homosexuales, el G-DIP, *Colombia Diversa y Dejusticia* articularon una estrategia de litigio de alto impacto ante la Corte Constitucional colombiana que continúa la ruta abierta por la sentencia C- 075 de 2007. El objetivo de esta estrategia es utilizar los argumentos centrales que la Corte Constitucional estableció en la sentencia que se comenta en este texto para cuestionar las normas jurídicas que todavía crean distinciones injustificadas entre las personas por razón de su orientación sexual. El primer momento de esta estrategia se materializó en el segundo semestre de 2007 con la presentación de una demanda que cuestiona la constitucionalidad de algunos apartes de la ley 100 de 1993, que regula materias relacionadas con el sistema de seguridad social en Colombia. La Corte Constitucional decidirá esta demanda a mediados del mes de abril de 2008. El G-DIP, *Colombia Diversa y Dejusticia* intentarán materializar un segundo, y medular, momento de la estrategia de litigio a finales de abril de 2008. En esta oportunidad, se presentará una demanda de gran aliento en donde se pondrá en cuestión la constitucionalidad de todas aquellas normas que discriminan entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales. Ojala, en estas dos oportunidades, la Corte Constitucional también se pronuncie a favor de la igualdad.