

Tensión entre la democracia inclusiva y la mayoría: el matrimonio igualitario en el Congreso colombiano*

Tensions between inclusive democracy and majority: marriage equality in the Colombian Congress

Rocío del Pilar Peña Huertas**

María Mónica Parada Hernández***

Universidad del Rosario (Colombia)

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación “Inclusión democrática vía judicial: el caso de la familia homoparental”, desarrollado en el marco de la línea de investigación Sistemas Jurídicos, Constitucionales y de Protección, adscrita al Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, D.C.). El proyecto contó con la financiación del Fondo de Investigaciones de la Universidad del Rosario (FIUR) y fue dirigido por Rocío del Pilar Peña Huertas.

** Doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia, Universidad Javeriana y Universidad del Rosario, profesora de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y coeditora de la revista *Estudios Socio-Jurídicos*. rocio.pena@urosario.edu.co.

*** Abogada de de la Universidad del Rosario. Asistente de investigación del proyecto “Diseños Institucionales de la regulación de los derechos de propiedad agraria en Colombia, en una perspectiva comparada”, que hace parte del Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria. paradah.maria@ur.edu.co

REVISTA DE DERECHO

N.º 42, Barranquilla, 2014

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

La discusión sobre quién y cuándo se incluyen los derechos en las democracias es un tema no resuelto. Quienes abogan porque debe ser el legislador apoyan su argumentación en la base popular que tiene el Parlamento y en las funciones que constitucionalmente le asisten; sin embargo, los detractores de esta corriente basan sus críticas en que el legislador, por su origen, está ligado a la opinión pública, y que esto hace que difícilmente se pueda apartar del juicio de las mayorías, que en ocasiones va en contra de las minorías no representadas.

En Colombia, con ocasión de la Sentencia C-577 de 2011 -en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de dos expresiones del contrato de matrimonio- nuevamente se ha puesto sobre la mesa la discusión sobre los derechos de las parejas LGBTI. Si bien la Corte reconoció que resulta discriminatorio el hecho de que no exista una forma alternativa que cubra las uniones maritales de esta comunidad, esto no soluciona la situación. Por ello, hizo un llamado al legislador para que en el término de dos años regulara la materia y estableciera una posibilidad equivalente, dándole el nombre que a su parecer fuera correcto. De no hacerlo, añadió la Corte, las parejas LGBTI podrían acudir ante un notario o un juez para formalizar la unión mediante un contrato solemne.

Este artículo parte de la presunción de que corresponde al legislador hacer la inclusión de los derechos de las comunidades; para este caso en particular, el derecho de las parejas LGBTI a unirse en matrimonio y conformar una familia. En ese sentido, el objetivo de este texto es evidenciar los elementos que requiere una legislación inclusiva en materia de derechos de la población LGBTI, reivindicando la figura del Parlamento y su papel dentro del sistema democrático colombiano.

Palabras clave: inclusión democrática, matrimonio, familia, derechos, comunidad LGBTI.

Abstract

The discussion about whom and when rights are included in democracies, is an unresolved issue. Those who defend that the legislature should be the one guaranteeing these rights, argue on behalf of the popular origin of the parliament and the functions that the constitution grants; in the other side, the current detractors base their reviews on the fact that the legislature, by nature and origin, is linked to the public opinion which makes difficult for it

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2013

Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2013

to break off the trial of majorities, that sometimes goes against unrepresented minorities.

Colombia, thanks to the judgment C-577 of 2011 -in which the Constitutional Court ruled on the constitutionality of two expressions of the marriage contract- renewed interest in the rights of LGBTI (Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual/gender, and Intersexual) couples. While the Court recognized the discrimination hidden in the existence of an alternative way to shelter marital unions in this community, the problem is not solved, yet. Therefore, the Court called for the legislator to regulate the matter in a two year term, by the establishment of an equivalent possibility for LGBTI couples; otherwise, these couples will be able to go before a notary or a judge to formalize their union by a solemn contract.

This article presumes that the legislature is the one in charge of the inclusion of the LGBTI community, and for this particular case, through the recognition of the right of these couples to join in marriage and form a family. In this sense, the aim of this paper is to demonstrate the elements that an inclusive legislation on the rights of LGBTI people requires, claiming the figure of the Parliament and its role within the Colombian democratic system.

Keywords: democratic inclusion, marriage, family, rights, LGBTI community.

1. INTRODUCCIÓN

Desde inicios de la década de los noventa la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales) ha promovido diversas iniciativas para lograr la inclusión de sus derechos constitucionales y legales en el sistema jurídico colombiano, y ha encontrado en la Corte Constitucional su aliado más efectivo. A pesar de que existe un interesante cuerpo de sentencias que ha hecho posible el reconocimiento de algunos de sus derechos, también es cierto que cuando los miembros de la comunidad LGBTI esgrimen tales instrumentos jurídicos ante funcionarios públicos para acceder y ejercer sus derechos, estos les son negados o postergados; en concreto, no hay un cumplimien-

to material de las sentencias que hacen parte del cuerpo normativo del sistema jurídico colombiano¹.

Para este artículo interesa especialmente la Sentencia C-577 de 2011, mediante la cual el Tribunal Constitucional colombiano no solo reconoció como familias aquellas conformadas por parejas del mismo sexo sino que exhortó al Congreso de la República a que en el término de dos años (término que se cumplió en junio de 2013)² legisle sobre las uniones entre personas del mismo sexo, pues existe un vacío legal que impide a estas parejas el disfrute de sus derechos y de una ciudadanía efectiva.

Si bien el papel de la Corte ha sido crucial para la comunidad LGBTI, la necesidad de la figura parlamentaria dentro de una democracia es de suma importancia cuando se trata de velar por los intereses de los grupos silenciados. La labor del legislador es procurar mecanismos que

¹ El primer pronunciamiento positivo respecto al derecho de constituir familia que la Corte realizó con respecto a la consagración de los derechos de población LGBTI fue en 2007, cuando se reconoció la unión marital de hecho (C-075/07) y el beneficio de afiliar al compañero(a) permanente al Sistema de Seguridad Social (C-811/07); en 2008 se reconoció la sustitución pensional al compañero(a) permanente (C-336/08) y la obligación alimentaria (C-798/08); en 2009 los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, migratorios, penales y otros a parejas del mismo sexo (C-029/09) y la Corte se inhibió en la demanda sobre adopción; en 2010 se igualaron los requisitos para acceder al derecho a la pensión de sobreviviente (T-051/10). En 2011 la Corte amplió el concepto de familia, puso en evidencia el vacío legal en materia de derechos LGBTI y exhortó al Congreso para que se pronuncie sobre las uniones entre parejas del mismo (C-577/11); también exhortó al Ministerio del Interior y de Justicia para que junto con otros órganos institucionales, articule una política pública de carácter nacional, *constante y unificada con los entes territoriales para el sector LGBTI*, que posibilite su socialización y coadyuve a la convivencia pacífica (T-314/11); en 2012 se resolvió el tema del derecho a la porción conyugal dentro de la sucesión de compañeros/as permanentes (C-238/12), se aceptó la solicitud de cambio de sexo de un hombre transgénero, procedimiento que no quería ser cubierto por la EPS, y validó la posibilidad del cambio de nombre (por segunda vez) a una mujer transgénero (T-977/12) (Colombia Diversa, 2011).

² Corte Constitucional. Sentencia C 577 de 2011: “EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”.

establezcan bases jurídicas sólidas para el desarrollo de los distintos tipos de familia, y de tal manera fortalecer el matrimonio y el ejercicio de los derechos y obligaciones que tal institución confiere a las partes.

Si bien el plazo perentorio se ha cumplido, esto no significa que el Congreso no pueda legislar sobre la materia; por el contrario, si el fin último es la inclusión efectiva de derechos para la comunidad LGBTI, es necesario entender que es tiempo de que el Congreso de la República legisle en favor de esa comunidad, pues se ha demostrado que los logros alcanzados a través de los fallos de la Corte Constitucional no son suficientes para que las minorías políticas puedan ejercer una ciudadanía efectiva. Para ello se requiere llenar los vacíos legales y promover una sociedad más incluyente, preocupada por las libertades fundamentales de los ciudadanos.

Este artículo tiene como objetivo dar cuenta de los elementos que debe contemplar una política pública de igualdad e inclusión de la comunidad LGBTI. Para ello, en primer lugar, se observará la importancia de la igualdad dentro de los sistemas democráticos en Latinoamérica; a renglón seguido se analiza la Constitución Política de 1991 como un intento de paz negociada mediante el cual se ampliaron las fronteras de la democracia, el cual arrojó como resultado un régimen generoso en derechos, que encontró su mayor aliado en la Corte Constitucional; posteriormente se presenta la igualdad como derecho fundamental consagrado en la Constitución del 91, su relación con los derechos de la población LGBTI y los principales argumentos que se esgrimen en contra de la iniciativa del matrimonio entre personas del mismo sexo; a continuación se evidencia la necesidad de realizar el debate en un escenario legislativo y se explica la participación de los jueces en la construcción de la democracia y ciudadanía; luego se analiza el papel de los partidos políticos en la inclusión de ciudadanos LGBTI y las propuestas legislativas que se han presentado hasta el momento; finalmente se plantean unas breves conclusiones.

Esta investigación está fundamentada en el análisis de material bibliográfico, sentencias de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y jueces menores, legislación y jurisprudencia, pronunciamientos de

organismos internacionales, artículos y textos académicos, artículos de prensa, con el fin de establecer el panorama político y jurídico donde se desenvuelve la igualdad.

2. DEMOCRACIA E IGUALDAD

La democracia tiene una importante función cuando se trata de la redistribución del poder generador de desigualdades sociales y económicas, pues está llamada a garantizar a los individuos el ejercicio de sus derechos y de una ciudadanía integral. En Latinoamérica se habla de una democracia de los ciudadanos y no de una democracia de electores, pues se parte de la idea de que la soberanía descansa sobre el pueblo y su ejercicio es solo delegado; además, el sistema va más allá de la elección libre y transparente de sus gobernantes (PNUD, OEA, 2010).

Se busca lo que se ha llamado una *sociedad de bienestar* (OEA, 2010) producto de una forma de organización y no de la acción estatal, donde haya un cambio cuantitativo -sobre el goce de los derechos por parte de los ciudadanos- y cualitativo -sobre una nueva configuración de relaciones sociales-, y que implique, como lo sugiere Meyer, el equilibrio de “intereses justificados” (Meyer, 2005, en Gomber et al., 2010, p. 87).

Adam Przeworski (2010) en su estudio sobre la democracia indica que

... la democracia no es sino un marco dentro del cual un grupo de personas más o menos iguales, más o menos eficientes y más o menos libres pueden luchar en forma pacífica por mejorar el mundo de acuerdo con sus diferentes visiones, valores e intereses. (p. 53)

De igual manera, se reconocen como valores fundamentales propios de la democracia la libertad, igualdad y solidaridad.

Gombert et al. (2010) enuncian tres características de una democracia social -propiedades que, sin embargo, parecen adaptarse a distintos modelos de democracia, y por eso se tomarán como referencia para ser definidas-, a saber: i) la libertad en una democracia debe ser ga-

rantizada al individuo para que este pueda actuar en la sociedad y en la toma de sus decisiones, aunque esto solo es posible cuando existen libertades concretas que pueden ser ejecutadas (p. 22); ii) en cuanto a la solidaridad, indican que es “un sentimiento de comunidad y responsabilidad mutua, que se origina en intereses comunes y se refleja en un comportamiento útil para la comunidad, incluso contra el propio beneficio a corto plazo, y va más allá de la reivindicación formal de justicia mutua” (p. 39); y iii) frente a la igualdad -el valor que concierne a esta investigación—, los autores establecen la correspondencia de cada persona y su libertad individual respecto a otros miembros de la sociedad (p. 23). Las discrepancias que se presenten entre ellos deben ser definidas y negociadas bajo el punto de vista de la justicia, y cuando se garantiza la igualdad entre los ciudadanos se garantiza también su libertad (p. 40).

La igualdad no pretende sobreponerse a la solidaridad y la libertad, pero el debate político y social en torno a la unión de parejas LGBTI y a la conformación de las familias diversas indica que el quiebre reside en sus particulares manifestaciones o conductas sociales frente a las aceptadas tradicionalmente. En Latinoamérica es común identificar la igualdad como fundamento de ciudadanía, pues esta requiere “la igualdad en la posesión y ejercicio de los derechos que está asociada a la pertenencia a una comunidad” (OEA, 2010, p. 41). Podría decirse entonces que existe un vacío teórico que impide conseguir los resultados empíricos de la justicia social y de la igualdad, un modelo social utópico. La crítica a estos modelos debe surgir cuando “esa utopía política impide alcanzar en el presente los objetivos realistas” (Gombert et al., 2010, p. 70), por lo cual se requiere de acciones sociales para que el modelo contemplado pueda alcanzar los fines del Estado y así superar dicha utopía.

Este modelo ideal es el que sobrevive en la mente de los individuos por cuanto regula las relaciones sociales e impone conductas determinadas que promueven, aunque no siempre alcancen, la igualdad y la libertad. La democracia encuentra su quiebre cuando se introducen como criterios fundamentales de decisión instituciones y sujetos con criterios específicos y estáticos; se rompe porque la democracia como

tal no está en capacidad de afrontar retos de las minorías, dado que “no hay conexión necesaria entre la libertad individual y el gobierno democrático” (Przeworski, 2010, p. 41).

Por eso, de acuerdo con la teoría de la democracia social de Meyer (Gombert et al., 2010), el marco argumentativo que justifica esta corriente de pensamiento no puede ser la de los valores fundamentales expuestos anteriormente, pues su definición y asimilación social dependen del contexto histórico y cultural de cada sociedad. Resulta más acertado indicar que su base argumentativa radica en los derechos fundamentales, pues “se traducen o transforman en normas de acción legitimadas democráticamente y obligatorias en la sociedad” (p. 100). Meyer entiende la teoría de la democracia social como una corriente de pensamiento que indaga sobre la relación existente entre democracia y capitalismo de mercado, vislumbrando que las tensiones generadas entre estos dos se regulan a través de la negociación entre los actores sociales, y dependiendo de la acción social que se produzca en cada uno de los Estados resulta una relación distinta entre democracia y capitalismo de mercado (p. 97).

Así las cosas, resulta importante incluir la *negociación* dentro de los procesos de construcción de una ciudadanía efectiva, en una democracia que considere sin distinción no solo a las mayorías electoras sino a las minorías políticamente desprotegidas. Es decir, que la consagración de la igualdad como principio fundamental es una condición sin la cual los sistemas democráticos, especialmente en Latinoamérica, no podrían existir, pues la igualdad constituye una herramienta de gran utilidad para la apuesta a un sistema que promueva la eliminación de las brechas de desigualdad e injusticia, así como la ampliación de los espacios de ejercicio de esos derechos. Desde este punto de vista se pretende definir bajo qué límites y parámetros la democracia colombiana ampara el derecho a la igualdad.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1991, UN INTENTO DE PAZ NEGOCIADA

La Constitución Política de 1991, vista como un intento de paz negociada, pretendió la inclusión de los sectores que hasta el momento eran silenciados a través de la consagración de garantías sociales, civiles y políticas que hicieran posible el goce de una larga lista de derechos, entre ellos el derecho a la igualdad. Asimismo, la creación de la Corte Constitucional significó una salvación para las minorías, especialmente de la comunidad LGBTI, frente a la apatía de otras instituciones al momento de enfrentar el tema de reivindicar sus derechos.

El proceso de la Constituyente de 1991 surgió como una respuesta a la violencia generalizada, la corrupción política, el narcotráfico y una serie de factores que resultaron en la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente que tradujera la voluntad del constituyente primario en una nueva Constitución. Según Gutiérrez Sanín (2011), el ideario fundamental de la Constitución era la democratización, y este escenario se “convirtió en el terreno común en el que pudieron entenderse figuras renovadoras provenientes de los partidos tradicionales y de representantes de nuevas políticas y de movimientos sociales ...” (p. 42).

Por otro lado, además de la crisis institucional, la Constituyente creaba la ilusión de obtener una verdadera representación de las minorías, ampliándose a varios sectores sociales que estaban ejerciendo presión al Gobierno y a la Rama Judicial. Sin duda, esta figura era un orgullo para las naciones democráticas, más aun en un país tan diverso como Colombia, y teniendo en cuenta la imposibilidad de someter todas y cada una de las normas constitucionales al voto popular. La posibilidad de que en la Asamblea Nacional Constituyente participaran actores políticos de diversas corrientes y pensamientos era una gran oportunidad para darle forma a un nuevo país, así como una esperanza para acabar con las décadas de violencia proveniente de la lucha de los grupos armados por el poder político.

Fue así como la opción de una Asamblea Nacional Constituyente se presentó como el medio para reivindicar la democracia y posibilitar un espacio de negociación de derechos en el que los sectores poblacionales con menor visibilidad hasta el momento tuvieran un espacio de participación en la construcción de la ciudadanía colombiana. Al respecto, Uprimny (2011) dice que “progresivamente se logró un consenso sobre una asamblea constituyente como pacto político de ampliación democrática, entre fuerzas políticas y sociales muy diversas y que en décadas anteriores habían estado enfrentadas” (Uprimny, 2011).

Con este proceso se reivindicó la posición del constituyente primario como ente protagonista de la sociedad y se devolvió a la población civil, más allá de los círculos políticos o económicos, la capacidad de autodeterminación en materia de derechos constitucionales y la manera de ejercerlos. La Constitución de 1991 fue la que pintó el panorama político de esperanza; las minorías políticas aprovecharon el reconocimiento expreso de derechos y encontraron en el nuevo cuerpo normativo las herramientas suficientes para organizarse y movilizarse, tal como lo están haciendo desde entonces comunidades excluidas de la democracias como la población LGBTI; el vocabulario de derechos y las sentencias de la Corte han sido, de muchas maneras, el origen del movimiento actual, de la generación de conciencia de derechos y de fe en el derecho (Uprimny, 2005, en Lemaitre, 2009).

Esta causa se vio como la oportunidad de construir un nuevo modelo de nacionalidad y de ciudadanía, distinto al que durante siglos se gestó dentro de las instituciones y las élites. Construir nación desde el discurso de la diferencia fue el objetivo que persiguieron movimientos civiles de indígenas, mujeres, afrodescendientes, LGBTI, entre otros, esperando participar en este proceso con voz y voto.

La Corte Constitucional, como organismo garante de la Constitución, complementa el nuevo ambiente enaltecendo la labor del derecho como una herramienta de movilización y protección de los ciudadanos; las sentencias, al formular reglas jurídicas sobre fenómenos particulares, logran ampliar la hermenéutica constitucional, arrogándose un papel importante en la defensa de los derechos fundamentales y de

la participación política de los ciudadanos; con la acción de tutela creció la percepción de que el derecho y la justicia social están al alcance de cualquier ciudadano dentro del territorio colombiano.

Sin embargo, este modelo que nació en 1991 se muestra corto frente a la realidad cultural y social que actualmente vive Colombia, pues incluso en ese intento de jugar a ser inclusivos y democráticos faltaron herramientas para que las minorías políticas participaran en todas las esferas sociales.

De acuerdo con Saffón y García-Villegas (2011), los actores políticos involucrados en el proceso constituyente se dispersaron y debilitaron, e instituciones como el Congreso de la República quedaron en manos de personas que no estaban comprometidas con el Estado social de derecho que planteaba esta nueva Carta. Las autoras dan cuenta de esto desde el texto mismo de la Constitución, pues indican que existe una “clara tensión entre las cláusulas económicas liberales y las promesas sociales”, que se tradujeron en un “conflicto institucional entre los actores políticos y la Corte Constitucional” (pp. 86-87). Esta última se presentó entonces como la única institución comprometida con la defensa de las prerrogativas sociales que hacen parte del ideario de la Carta del 91. Se destaca, por ejemplo, la lucha de las mujeres por los derechos sexuales y reproductivos, la posibilidad del aborto en circunstancias específicas, el acceso a condiciones laborales equitativas y la violencia sexual. Lo mismo ocurrió con la comunidad LGBTI, para la cual la Corte Constitucional ha resultado ser la garante de sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación en razón de su sexo y/o su orientación sexual, esto en virtud de la ausencia de legislación que regule sus relaciones jurídicas con otros miembros de la sociedad.

Sin embargo, falta mucho camino por recorrer, pues no solo se trata de poner sobre la mesa los derechos de quienes quieren conformar un proyecto de vida, sino de lograr un cambio del orden social, especialmente sobre las concepciones tradicionales de familia y matrimonio.

4. ¿QUÉ TAN IGUALES SOMOS?

El derecho a la igualdad ha sido el pilar fundamental de los movimientos sociales que buscan una inclusión efectiva de derechos en el ordenamiento jurídico colombiano. A continuación se expone el tratamiento jurisprudencial del derecho a la igualdad en distintas materias y cómo este derecho ha servido tanto para incluir como para excluir del sistema jurídico a algunos sectores de la sociedad. Asimismo, se exponen los principales argumentos en contra de la aprobación del matrimonio de personas del mismo sexo a la luz de los derechos consagrados en la Carta Política de 1991.

La Constitución Política de Colombia consagra el derecho a la igualdad en su artículo 13, indicando la libertad e igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y la protección por parte del Estado en iguales términos; consagra además categorías sospechosas como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, entre otras. Desde la jurisprudencia se entiende que existe una imposición al legislador de dar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en el mismo supuesto de hecho, y encuentra como única justificación de trato diferenciado la persecución adecuada y proporcional de otra finalidad constitucional (Corte Constitucional, C-1047/01).

En materia de uniones de parejas del mismo sexo, la jurisprudencia constitucional ha seguido la siguiente línea: proscribire la discriminación en razón de la orientación sexual; reconoce que existen diferencias entre las parejas homosexuales y heterosexuales que impiden el tratamiento igualitario, por existir condiciones de hecho distintas; llama la atención al legislador sobre su obligación de llenar los vacíos que existen en la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo; y, por último, considera que toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente (Corte Constitucional, C-075/09).

No resultan claros los argumentos que aducen los opositores de la iniciativa sobre el matrimonio igualitario que justifiquen las diferencias

de las parejas homosexuales frente a las parejas heterosexuales. Por ejemplo, la procreación es uno de los tantos fines que se despliegan de la institución matrimonial, al igual que la convivencia y el socorro mutuo, y no es un fin exclusivo, pues dejaría sin la posibilidad de acceder al matrimonio a las parejas que voluntariamente no quieren tener hijos, que fisiológicamente no pueden y aquellas que optan por la adopción, situaciones que bajo ninguna condición dejan de constituir familia. Monroy Cabra, en salvamento de voto, indica que el vínculo que da origen a la familia se sustenta en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo, instando a considerar a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (salvamento de voto, Gerardo Monroy Cabra, Sentencia C-811 de 2007).

Además, la Corte Constitucional, en Sentencia C-577 de 2011, amplió el concepto jurídico de familia obedeciendo a la realidad social y a las distintas maneras en las que se puede conformar una familia, confirmando lo que académicos como Virginia Gutiérrez en su obra *Familia y cultura en Colombia: tipologías, funciones y dinámica de la familia* exponen acerca de las distintas tipologías de familia.

Al respecto, la Corte indica que la jurisprudencia ha destacado los vínculos naturales, a diferencia de los jurídicos, como “(...) la decisión libre de conformar una familia que se traduce en la constitución de una unión de carácter extramatrimonial” (C-310 de 2004), cuyo fundamento es “ (...) el solo hecho de la convivencia”, y en la cual “los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja” (C-533 de 2000) (Corte Constitucional, C-577/11).

Entender la familia como célula fundamental de la sociedad implica que exista un tratamiento jurídico preferencial que ha permitido que la Corte haya reconocido, en distintas oportunidades, tipos diversos de familia, la monoparental por ejemplo. Es propio del ordenamiento jurídico colombiano extender este tratamiento preferencial a las parejas del mismo sexo que, voluntariamente y con vocación de permanencia, decidan convertirse en cónyuges y asumir los derechos y obligaciones que trae consigo el matrimonio civil. Además, los jueces colombianos

han considerado que un consenso de las mayorías no puede resultar en la consagración de la comunidad LGBTI como ciudadanos de segunda categoría, y mucho menos que se legisle en razón de órdenes sexuales que involucren a los de la mayoría (heterosexuales) que contravía los de la mayoría (Corte Constitucional, C-1047/01).

Si bien esta igualdad formal y material es un supuesto que no puede ser alcanzado en su totalidad, el ordenamiento jurídico y social debe optar por promover espacios de participación igualitaria que resulten en normas jurídicas encausadas a la protección integral de los derechos fundamentales, en correspondencia con la legislación internacional. Las normas que versan sobre orientaciones y diversidades sexuales pueden resultar una herramienta contundente para la jerarquización de los ciudadanos y la estratificación de la vida social, pues involucra, en palabras de Gayle Rubin (1989), un Estado que “interviene ordinariamente en la conducta sexual a un nivel que no sería tolerado en otras áreas de la vida social” (p. 28); con ello se niega entonces el ejercicio pleno de la ciudadanía.

Aunque por definición una democracia es excluyente - puesto que resulta de un proceso de negociación que no implica la satisfacción de los intereses y demandas de la totalidad de quienes participaron en dicho proceso-, se debe apostar por la negociación, por acoger la posibilidad de acción y participación ciudadana de quienes por mucho tiempo sufrieron las consecuencias de la invisibilidad jurídica. En ese sentido, las decisiones que tocan a minorías políticas, como es el caso de la comunidad LGBTI, no pueden ser sometidas a consideración de las mayorías a través de una consulta o referendo, como plantean algunos congresistas y académicos, pues es por esta mayoría que existe una condición vulnerable dentro de la sociedad colombiana para estas personas.

Ante la imposibilidad de encontrar espacios de expresión y de disfrute de los derechos, las personas LGBTI están prácticamente destinadas a vivir en un espacio sin vínculos de pertenencia, por cuanto son obligadas a participar de las dinámicas sociales tradicionales. Una ciudad que homogeniza las diferencias puede llevar al florecimiento de lo que Martín-Barbero (2000) llama una *angustia cultural*, en la que las

personas no se reconocen a sí mismas como parte de una comunidad, generando miedos, como por ejemplo, la destrucción de un paisaje de familiaridad o la pérdida de arraigo colectivo; al final resultan creando nuevas formas de habitar y comunicar a partir de la desconfianza en el otro (Martín Barbero, 2000).

Es importante entonces la consideración de las libertades individuales que están efectivamente consagradas en la Constitución Política colombiana sin considerar la definición de familia del artículo 42 de la Carta³ como un limitante, siendo este el tema central de las discusiones en los partidos políticos y el argumento jurídico principal de quienes pretenden negar la posibilidad de un vínculo formal entre dos personas, independientemente de su sexo, género y orientación sexual.

A continuación se exponen los argumentos que han llevado al legislador y a la Corte a tomar las decisiones que han tomado, y su respectiva respuesta por parte de otros actores políticos.

Un primer argumento en contra es el que aduce que el matrimonio, definido por la Carta Política, es monogámico y heterosexual. A esto, la demanda instaurada por De Justicia y Colombia Diversa (que dio origen a la Sentencia C-577 de 2011) responde que la norma admite dos posibles entendimientos: a) la disposición “prohibiría cualquier otro tipo de matrimonio que no fuera entre hombre y mujer”; b) un criterio más amplio mediante el cual se indica que “la disposición aludida impondría la obligación de contraer matrimonio entre un hombre y una mujer, pero dejaría abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico prevea otros tipos de matrimonio”.

Por su parte, en el concepto emitido por el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario para la Sentencia C-577 de 2011 realiza un análisis de los distintos usos de la coma, indicando que el artículo

³ Artículo 42, Constitución Política de Colombia: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

42 reconoce “tres elementos semánticos sujetos al verbo rector *constituir*: a) por vínculos naturales o jurídicos, b) por la decisión libre de un hombre y una mujer y c) por la voluntad responsable de conformarla” (Corte Constitucional, C-577/11). Este último elemento corresponde a la aceptación de un criterio más amplio de interpretación del artículo que permitiría eventualmente la conformación de otros tipos de matrimonios distintos a los conformados por un hombre y una mujer.

Ante la presunción de existencia sobre un único tipo de familia, la Encuesta Nacional de Demografía y Salud del año 2010 (ENDS) arrojó como resultado que en Colombia: a) el 10 % son hogares unipersonales; b) el 35 % hogares nucleares completos y el 12 % incompletos (falta uno o ambos padres); c) el 14 % son familia extensa completa y 10 % incompleta (el o la jefe sin cónyuge vive con sus hijos solteros y otros parientes); d). 3 % son extensas de parejas sin hijos en el hogar y otros parientes; e) 4 % son familias compuestas⁴ (ENDS, 2010).

Según estas cifras, se puede constatar que existe una diversidad de configuraciones familiares que no responden exclusivamente al modelo nuclear que muchos utilizan como argumento para negar la existencia de familias homoparentales. Esta realidad concuerda con lo que dispuso la Corte Constitucional al respecto: “Toda pareja de personas del mismo sexo tiene el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal” (C-577/11).

Un segundo argumento es aquel que indica la falta de presupuesto para soportar el impacto económico que el reconocimiento del matrimonio implica para la nación. Al respecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la intervención hecha en la Sentencia C-577 de

⁴ a) Hogar Unipersonal: aquel en que vive solo una persona; b) hogar nuclear: donde solo conviven ambos padres (familia completa) o uno de ellos (familia incompleta), con sus hijos solteros menores de 18 años o mayores de esta edad pero sin dependientes en el hogar, o bien una pareja sin hijos; c) Familia extensa: en la que se tienen estos últimos tipos más el jefe solo, siempre con otros parientes diferentes a cónyuge e hijos solteros; y d) Familia compuesta: donde se pueden encontrar no parientes (ENDS, 2010).

2011, indica que “[el Ministerio] no cuenta con estudios sobre el impacto económico que causaría la sustitución pensional de admitirse el matrimonio de parejas homosexuales” (Corte Constitucional, C-577/11). Es importante resaltar esta falta de información y de cifras oficiales que no permite conocer cuál es el verdadero impacto que el reconocimiento de derechos patrimoniales y los beneficios en seguridad social tienen sobre la economía colombiana.

Como tercer argumento se invoca que uno de los fines del matrimonio es la procreación. Al respecto cabe decir que los fines del matrimonio no se limitan exclusivamente a este; habría entonces que pensar en la posibilidad de restringir el matrimonio para las parejas que no pueden o no quieren tener hijos.

Gayle Rubin (1989) explica que existe una necesidad social de trazar y mantener una frontera entre el sexo bueno y el sexo malo, que es provista por las calificaciones dadas por los discursos políticos, religiosos, psiquiátricos y médicos, e indica que

... La frontera parece levantarse entre el orden sexual y el caos, y es una expresión del temor de que si se le permite a algo cruzar, la barrera levantada contra el sexo peligroso se derrumbará y ocurrirá alguna catástrofe inimaginable. (p. 22)

Este es uno de los puntos en los cuales se hace manifiesta una preocupación por parte de autoridades como la Procuraduría General de la Nación o congresistas como la senadora Liliana Rendón (2013), *la senadora Claudia Wilches* (2013) o del senador Edgar Espíndola (2013), situación que evidencia la existencia de una atmósfera de deliberación y negociación de derechos, pues el movimiento LGBTI y las organizaciones que promueven la iniciativa están buscando espacios para exponer sus argumentos, confrontándolos contra las posturas más conservadoras de la sociedad colombiana. El debate en torno a la igualdad está desplazándose de los estrados judiciales a instancias legislativas, donde se han generado varios proyectos de ley para enfrentar este vacío legal declarado por la Corte Constitucional.

5. ACTIVISMO JUDICIAL VS. DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA

La protección de la familia desde la Carta del 91 ha tenido un desarrollo interesante, pues de su consagración formal en el artículo 42 de la Constitución se han desprendido decenas de normas que buscan proteger la institución que es *núcleo fundamental de la sociedad*. Al respecto, el legislador ha sido bastante activo y juicioso cuando se trata de la protección de la familia monógama y heterosexual.

Después de la Carta de 1991 se regularon temas como la protección de familias monoparentales, centrando su atención en las madres cabeza de familia (Ley 82 de 1993); el derecho a contraer matrimonio y la protección de la familia a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 137 de 1994); la declaración de *patrimonio de familia inembargable* del inmueble que posea el hombre o la mujer cabeza de familia, en favor de sus hijos menores (Ley 861 de 2003); el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), entre otros temas.

El silencio del legislador frente a la protección de las familias homosexuales puede explicar la razón del activismo de la Corte Constitucional, dado que expresamente declara en la Sentencia C-577/11 que existe un déficit de protección en lo que atañe a los derechos de ciudadanos LGBTI; instrumento en el cual la Corte también reconoce que es una labor del legislativo tomar la vocería sobre la materia en virtud del mandato constitucional que así lo indica.

De acuerdo con esto, cabe preguntarse qué hay más allá de las funciones del legislativo que se desprenden de la Constitución y por qué no es suficiente que la Corte proceda a declarar derechos y dirimir asuntos que en principio hacen parte de la competencia del legislador.

Uno de los problemas que se puede distinguir del activismo judicial es el de las implicaciones que las decisiones de las Altas Cortes tienen en la cartera del país, pues todos los cambios normativos tienen una consecuencia económica que, por no someterse a un proceso de apro-

bación de partidas y presupuestos, no hacen parte del gasto público de la nación.

Frente a ello, Salomón Kalmanovitz (1999) en el artículo “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional” afirma: “La Corte Constitucional no puede substituir al Congreso de la República en sus atribuciones fundamentales porque estaría dando origen a una dictadura de los magistrados”. Cuestiona las decisiones que se han tomado en materia de salud al conceder tutelas que ordenan al Seguro Social el pago de tratamientos a personas que no cotizan al sistema, cuando regala cédulas a los ciudadanos, pues “les está haciendo regalos injustificados a todas las clases sociales, incluyendo a los ricos y a las clases medias, dejando de percibir para el Estado importantes sumas, lo que contribuye al desequilibrio de las finanzas públicas” (p. 124). Finalmente, concluye que la Corte debió haber actuado de manera gradual a la hora de conceder derechos y cumplir las promesas de la Constitución del 91, en consonancia con el desarrollo económico del país.

Por otra parte, el exmagistrado Manuel José Cepeda (2004), al realizar un recuento histórico de los fallos que se refieren a las implicaciones económicas que se profirieron a lo largo del siglo XX (por medio de la acción de inconstitucionalidad que existió antes de la Carta del 91 con la cual tuvo lugar la creación de la Corte Constitucional⁵), resaltó la importancia de la calidad de las políticas públicas sobre la base de tres premisas, a saber: 1) las políticas públicas en Colombia no han sido bien concebidas, diseñadas e implementadas; 2) las políticas públicas no son objeto de una deliberación democrática transparente y amplia (y cita el caso de los medicamentos y tratamientos incluidos en el POS que son definidos por autoridades administrativas); y 3) el debate sobre el papel del juez constitucional, caso con el cual pone de presente el activismo judicial en Estados Unidos y Europa (Cepeda, 2004).

5 Estos fallos surgieron a través de la acción de inconstitucionalidad que existió antes de la Carta del 91, antes de la creación de la Corte Constitucional.

Sobre la línea argumentativa planteada por Cepeda cabe decir que en lo que tiene que ver con el sistema de seguridad social -tema que genera mayor controversia con respecto al matrimonio igualitario-, el problema es del sistema mismo, que solicita con urgencia un fortalecimiento de las instituciones y políticas públicas, y no de que se permita a parejas homosexuales contraer matrimonio o convivir. Si, hipotéticamente, el día de mañana aumentara el número de matrimonios o uniones de hecho de parejas heterosexuales, no habría argumento para negar los beneficios pensionales o de salud porque actualmente son constitucionales y legales; no se puede condenar a quien, por una deficiencia administrativa y gerencial del Estado, es protegido por el derecho a la igualdad. Resulta entonces oportuno revisar el gasto público nacional y fortalecer las instituciones de este sistema con el fin de lograr un mejor recaudo y gestión de los recursos públicos.

Otro problema que surge del activismo judicial es que, a pesar de que la Corte reitera que sus disposiciones constituyen derecho y están encaminadas a la creación de reglas jurídicas, de obligatorio cumplimiento para autoridades administrativas y judiciales, muchos operadores jurídicos no consideran la norma de la Corte con el mismo *estatus social* que aquella que es producto de un debate público y que posteriormente es plasmada en una ley.

Ocurre esto cuando la Corte Constitucional concede un derecho y los ciudadanos encuentran dificultades cuando van a solicitarlo ante autoridades administrativas. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia C-355 de 2006, mediante la cual se reconoció el derecho de las mujeres colombianas a interrumpir de manera voluntaria el embarazo en tres circunstancias específicas: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; c) cuando el embarazo sea el resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. Ante esto se han presentado múltiples casos en los que se ha negado el derecho (Corte Constitucional, 2009; El País, 2006; El Tiempo, 2006).

Algo similar ocurre con la Sentencia C-336 de 2008, mediante la cual la Corte declara el derecho a la pensión de sobreviviente de un miembro de la pareja del mismo sexo. En *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia* (Rodríguez Albarracín et al., 2011), los autores argumentan las dificultades que se presentan a la hora de implementar la jurisprudencia de la Corte que reconoce derechos a los ciudadanos LGBTI, y evidencian que existe interpretación desigual de esta sentencia al comprobar que el “Instituto del Seguro Social ha denegado el derecho a la situación pensional a parejas del mismo sexo, alegando la falta de requisitos exigidos para la acreditación de la unión marital conforme a la Sentencia C-521 de 2007” (p. 37).

Según pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre su papel como creadora de reglas jurídicas, se insiste en el carácter vinculante de sus pronunciamientos judiciales en virtud de la necesidad de alimentar el debate democrático y la creación de reglas jurídicas que nacen a partir de disposiciones previamente aprobadas por el legislador (Corte Constitucional, C-634 de 2011).

Entonces la Corte cumple un papel de gran importancia, no solo en lo que respecta a la creación de normas sino en la posibilidad de ejercer presión sobre la sociedad y el legislativo para adaptar el ordenamiento jurídico a las condiciones de hecho que, por carecer de regulación, generan todo tipo de problemas sociales, como es el caso de la discriminación de la comunidad LGBTI.

La importancia de que el debate se dé ante el Congreso puede ser explicada a través de la lectura de Jeremy Waldron (2005), quien, cuestionando la tesis de Dworkin acerca de cómo el control judicial constitucional no perjudica la democracia (si el control jurisdiccional hace que una sociedad sea más justa), indica que los efectos jurídicos y sociales de una decisión difieren en si esta es tomada por una institución electa, y por tanto responsable, o no electa, y no responsable, esto desde

el punto de vista de la capacidad y voluntad de elección ciudadana⁶. Sin embargo, Waldron rescata que el papel de los jueces resulta en que el legislador piense dos veces una solución a un problema jurídico. Pero, a pesar de esto, le otorga prevalencia a la autoridad del Parlamento porque es resultado de un proceso de toma de decisiones legítimo, dentro de un órgano igualmente legítimo (prólogo de Gargallega y Martí en Waldron, 2005, p. XXXII).

El valor que le otorga el autor a la democracia es de suma importancia, pues entiende que, primero, hay un reconocimiento de una igualdad básica de todos los ciudadanos y, segundo, se reconoce la capacidad para tomar decisiones autónomas o para deliberar con los demás. Ahora, haciendo una adaptación de las *circunstancias de la justicia* de Rawls, Waldron reconoce como circunstancias de la política la existencia de desacuerdos la necesidad percibida por todos los ciudadanos de un curso de acción común. A partir de esto insiste en la importancia de la toma colectiva de decisiones, utilizando procedimientos que se muestren respetuosos con los desacuerdos y que permitan que las voces en contienda sean escuchadas en un debate sobre cuál debería ser la solución a un problema común (prólogo de Gargallega y Martí en Waldron, 2005, p. XVIII).

El papel de los jueces es fundamental para una democracia, pues son ellos quienes garantizan el cumplimiento de las normas jurídicas y crean reglas desde situaciones concretas para que posteriormente sean

⁶ “Hay algo que se pierde, desde el punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (unaccountable) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces -seguro- se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (accountable) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. Puede que el proceso no sea lo único que nos importa en la toma de decisiones democráticas; pero no deberíamos afirmar que, dado que la decisión versa sobre la democracia, el proceso es irrelevante” (Waldron, 2005, p. 351).

aplicadas por los ciudadanos sobre el principio de la igualdad y la seguridad jurídica. Además, de no ser por la actuación de la Corte Constitucional en los últimos años, la comunidad LGBTI seguiría afrontando una situación aun más desventajosa que la que se percibe hoy con respecto al resto de la población. Los jueces deben ser entonces considerados como unos colaboradores en la construcción de ciudadanía, de derecho y de una sociedad más equitativa, teniendo en cuenta que “La constitución no es un código, sino un conjunto de disposiciones estructurales amplias y generalidades morales que son desarrolladas por los jueces al momento de interpretar y aplicar”, que además exige la colaboración entre jueces y poder constituyente (Sager, 2007).

Para este caso concreto, los jueces han sido además un elemento de fuerte presión para que los congresistas tomen la iniciativa y abran las puertas al debate público en torno al reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Por ello, se debe reivindicar la labor del legislador y considerar la importancia de los partidos políticos a la hora de despertar debates y propender por que se desarrollen en un escenario público, abierto a las voces de las minorías políticas y de todos los ciudadanos, considerando la existencia de los distintos fenómenos sociales que forman el país.

6. EL PAPEL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS LGBTI

Los partidos políticos son elementos esenciales para una democracia que promueva los valores de libertad, igualdad y solidaridad, pues son los encargados de alimentar los debates y proponer la negociación de derechos; además sirven como puente entre la sociedad y el Estado. A continuación se plantea un análisis de la representación de la comunidad LGBTI en el interior de los partidos políticos y se enumeran los proyectos de ley que han sido presentados en los últimos años con el fin de regular las uniones entre parejas del mismo sexo.

Según lo que señala Bruno Bimbi (2010) en su obra *Matrimonio igualitario*, el proceso de reconocimiento del matrimonio a las parejas del mismo sexo en Argentina fue una odisea que contemplaba innumera-

bles intereses políticos, influenciados fuertemente por el apoyo que la presidente *Cristina Fernández de Kirchner* dio a la iniciativa. Además, destacó el papel de los medios de comunicación y de las actividades de la comunidad civil, que se encargaron de ejercer presión con cada uno de los congresistas con el fin de lograr el sí en las votaciones a la ley del matrimonio igualitario.

Este juego de intereses políticos parece no estar siendo alimentado por debates públicos y espacios de deliberación y construcción conjunta de políticas públicas que involucre a los ciudadanos afectados directamente; los procesos democráticos encuentran su quiebre cuando se cubren de corrupción y responden a votos y fenómenos mediáticos. Para la PNUD OEA (2010), el inconveniente con los partidos políticos consiste en que no fortalecen el proceso de debate dentro de sí mismos, tienen una baja capacidad de incorporación y participación de militantes, y cuentan con grupos de pensamiento que se forman al momento de las elecciones y se introducen en juegos publicitarios.

En Colombia parece que existe lo que Touraine (2001) llama una *crisis de representación política*, pues los ciudadanos, especialmente quienes tienen pocos o nulos espacios de participación, no se sienten representados y su conciencia ciudadana se debilita, lo que genera sentimientos de rechazo y marginación. En muchos casos, los partidos políticos entienden la participación ciudadana por medio de democracia directa o por vía de las actividades de organizaciones civiles o no gubernamentales como una forma de debilitamiento de su poder y su función dentro del sistema democrático. Sin embargo, estas formas de participación ciudadana son grandes ayudas para lograr una mejor representación (PNUD OEA, 2010)⁷.

⁷ Touraine (2001) indica que “Lo que vincula la libertad positiva y la libertad negativa -conjunto de garantías institucionales- es la voluntad democrática de dar a quienes están sometidos y son dependientes de la capacidad de obrar libremente, de discutir en igualdad de derechos y garantías con aquellos que poseen los recursos económicos, políticos y culturales. Es por esa razón que la negociación colectiva y, más ampliamente, la democracia industrial, fueron una de las grandes conquistas de la democracia” (pp.14-15).

La organización Colombia Diversa se abrió camino dentro de la esfera política y social, desarrollando un programa que involucra a la población LGBTI, la academia y a la sociedad civil en general. Son el ejemplo claro del uso del derecho como herramienta para exigir derechos de una población que cada vez es más cuantiosa, pues la aceptación de nuevas circunstancias va en aumento. Colombia Diversa construye su discurso no solo sobre el surgimiento de los DDHH sino, sobre todo, por el papel que ha tenido la Carta Política del 91 en movilizar liderazgos, brindar un vocabulario y un escenario para hacer exigencias a nombre de los homosexuales (Lemaitre, 2009).

Después de pronunciarse la Corte Constitucional el 26 de julio de 2011, se estableció un plazo de dos años para que el Congreso de la República “legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”, y advirtió que “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual” (Corte Constitucional, C-577/11).

El Congreso, después de presentados una cantidad de proyectos de ley tendientes a regular la materia, y al no tomar las riendas del asunto para la fecha en la que se cumplió el plazo (20 de junio de 2013), generó una situación de incertidumbre y caos jurídico. Un último esfuerzo realizado antes del cumplimiento del plazo fue el proyecto de ley 047 de 2012, que en principio propuso la creación de la institución de *unión civil* y un régimen jurídico especial, pero posteriormente fue modificado solicitando el reconocimiento legal del matrimonio para las parejas del mismo sexo, transformando las disposiciones del Código Civil que hacen referencia al matrimonio y sus efectos civiles, la Ley 250 de 1996 en el tema de vivienda familiar y la Ley 495 de 1999 en el tema de patrimonio de familia. Como era de esperarse, dicho proyecto no prosperó, y aún sin existir un régimen aplicable, algunos jueces de la República, siguiendo las instrucciones de la Corte Constitucional, concedieron el

derecho a la celebración del contrato solemne a favor de dos personas del mismo sexo.

A pesar de las alternativas que encuentra la comunidad LGBTI para acceder a este derecho, el Congreso no ha perdido la facultad de legislar en materia de derechos LGBTI. Es decir, la orden a la que instó la Corte Constitucional no es definitiva, en el sentido en que el legislador tiene la posibilidad de regular este, y muchos otros temas, con posterioridad al plazo otorgado por la C-577/11. Sin embargo, se prevé que de ser negativas las decisiones de los juzgados sobre el matrimonio de las parejas del mismo sexo, se acudiría a la acción de tutela para lograr el acceso al matrimonio civil, y serán los jueces quienes decidan el tema, mucho antes que el Parlamento.

7. CONCLUSIONES

La democracia colombiana va más allá de la representación de los partidos políticos avalados por el voto popular y de las posibilidades de participación directa de la ciudadanía en la construcción de un ordenamiento jurídico inclusivo. La democracia se vive a diario cuando los ciudadanos ejercen sus derechos y buscan la forma de lograr un cambio que represente un nuevo orden social y atienda a las necesidades de quienes por tanto tiempo han sido minorías políticas; la democracia se está manifestando en las calles, a través de las redes sociales, de las protestas, de la academia, del uso de espacios urbanos y rurales para visibilizar la discriminación y convocar personas que se unan al proceso.

El activismo político alrededor de los derechos de las personas LGBTI ha logrado convertir en norma jurídica fenómenos sociales que desde hace mucho tiempo tienen lugar en Colombia pero que no han contado con el reconocimiento de una ciudadanía completa, pues no hay igualdad de obligaciones sin igualdad de derechos. Además, esta labor ha sido posible gracias al reconocimiento que por vía judicial se ha hecho a ciertos derechos. No obstante, esto no ha sido suficiente, puesto que el valor que la sociedad le da a los fallos judiciales no corresponde al que se le otorga a una ley.

Resulta fundamental el papel del Congreso en los procesos de inclusión democrática de ciudadanos, pues es ante el escenario legislativo que confluyen diversas voces y fuerzas que construyen nuevas formas de vivir la ciudadanía, que aspiran convertir en norma jurídica la protección integral de la diferencia y a dejar de lado la distinción entre ciudadanos de primera y segunda categoría.

Legalmente el matrimonio en Colombia es fundamental para la conformación de una familia, aunque ello no se refleja en la realidad, pues la conformación de la familia va mucho más allá de los vínculos naturales y jurídicos, de la decisión voluntaria de un hombre y una mujer. No es posible hacer el rastreo de una familia nuclear tal y como lo sugieren quienes argumentan en contra del matrimonio y la adopción por parte de parejas homosexuales; esto es una ficción que está siendo superada por las voces de quienes han decidido visibilizar la discriminación en razón de la orientación sexual. Además, el hecho de que no exista una fórmula legal para dar protección a estas familias diversas convierte al ordenamiento jurídico colombiano en un perpetuador de la discriminación y la desigualdad social y política.

Con todo y lo anterior, el reconocimiento del matrimonio, y eventualmente de la adopción, no acaba con el problema de discriminación, pues existen proyectos de vida que contemplan identidades y formas de vivir distintas de las socialmente aceptadas y que se encuentran por fuera de las normas binarias y heterosexuales. Se sugiere entonces eliminar por completo del sistema jurídico la orientación sexual como criterio para legislar con el fin de cumplir con su obligación de amparar los derechos y deberes de la comunidad LGBTI. Estas luchas por el reconocimiento de derechos tarde o temprano reclamarán su escenario político y transformarán el orden social actual, tal y como ha sucedido en otros países del mundo con culturas similares y diferentes a la colombiana.

Es el momento para que el legislador tome las riendas del asunto y vuelva a ser el órgano que da vida a las garantías plasmadas en la Constitución del 91, prestando atención a los cambios en la sociedad.

REFERENCIAS

- American Psychological Association Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Concerns Office & APA Public and Member Communications (2011). *Answers to your questions about transgender people, gender identity, and gender expression*. Disponible en: <http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.pdf>.
- Barrientos, G. (2010). *Discutiendo el matrimonio universal en la ciudad de Puebla*. Disponible en: <http://gaycolectivo.blogspot.com/2010/04/discutiendo-el-matrimonio-universal-en.html>.
- Bimbi, B. (2010). *Matrimonio igualitario*. Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Bochenek, M. & Knight, K. (2012). Establishing a third gender category in Nepal: process and prognosis. *Emory International Law Review*, 26, 12-41. Disponible en: http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/26/26.1/Bochenek_Knight.pdf.
- Cepeda Espinosa, M. J. (2004). *Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo*. XXVII jornadas colombianas de derecho tributario, 18 al 20 de febrero de 2004.
- Colombia Diversa (2012). *Cronología 5 años celebrando nuestra unión*. Disponible en: <http://www.colombiadiversa-blog.org/p/1.html>.
- El Tiempo (2012, 10 de julio). El "tercer sexo" será oficializado por medio de una ley en Nepal. *ElTiempo.com*. Disponible en: http://www.eltiempo.com/mundo/asia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12016981.html.
- El País (2006, 21 de agosto). *Hospital no quiere hacer aborto a niña violada*.
- El Tiempo (2006, 14 de octubre). *El San Ignacio se niega a hacer abortos*.
- Embajada de los Estados Unidos en Panamá (2004). Brown vs. Junta Escolar: la decisión del Tribunal Supremo que cambió una nación. *Boletín informativo de la Embajada de los Estados Unidos en Panamá*. Disponible en: <http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/abvsedb.pdf>.
- Espíndola, E. (2013, 13 de marzo). "Es inconstitucional el reconocimiento de familia a personas del mismo sexo": senador Espíndola. Senado de la República. Disponible en: <http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/16602-es-inconstitucional-el-reconocimiento-de-familia-a-personas-del-mismo-sexo-senador-espindola>.
- Exposición de motivos Proyecto de Ley Matrimonio Igualitario (2012). Disponible en: <http://www.ebc.com.br/sites/default/files/proyecto.pdf>.
- Figari, C. (2010). Per scientiam ad justitiam: Matrimonio igualitario en Argentina. *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, 15, pp. 155-145. Disponi-

- ble en: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/6546/5952>.
- Graham Davies, S. (2007). Challenging Gender Norms: Five Genders Among Bugis in Indonesia. En G. Spindler & J.E. Stockard (Eds.), *Case Studies in Cultural Anthropology Series*. Belmont: Thomson Wadsworth.
- Gombert, Tobías (2010) Fundamentos de la democracia Social. Buenos Aires; Fundación Friedrich Ebert Academia para la Democracia Social
- Gutiérrez Sanín, Francisco (2011). La Constitución de 1991 como pacto de paz: discutiendo las anomalías. *Revista Estudios Socio Jurídicos* Vol. 13 Número 1 ISSN 0124-0579
- Kalmanovitz, S. (1999). Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional. En *Economía colombiana y coyuntura política* pp. 124 – 130 .
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre y Ediciones Uniandes.
- Martín-Barbero, Jesús (2000). Las transformaciones del mapa cultural: una visión desde América Latina. *Revista Latina de Comunicación Social*, 26. Recuperado de: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000vfe/barbero.html>
- Motta, C. & Motta, C. (2011). The Equality Framework: Stop Begging for Tolerance. *We Who Feel Differently 2011*. Disponible en: <http://wewhofeel differently.info/themes.php#Equality%20Framework>.
- Nanda, S. (1986). The Hijras of India: Cultural and Individual Dimensions of an Institutionalized Third Gender Role. *Journal of Homosexuality*, 11, Issue 3-4, 35-54.
- Puff, J. (2012, 29 de agosto). Unión civil de un hombre y dos mujeres en Brasil: ¿tres son multitud? *BBC Mundo*. Disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/08/120828_brasil_union_civil_tres_jgc.shtml.
- Przeworski, A. (2010). *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Rubin, G. (1989). Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad. En C. S. Vance (Ed.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*. Madrid: Editorial Revolución.
- Uprimny, R. (2011, 4 de julio). La constitución en perspectiva (I). Dejusticia. Disponible en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=estado_de_derecho&publicacion=978. Consultado el febrero 26 de 2011.

- Saffon, M. P. & García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 75-107.
- Sager, L. (2007) Juez y democracia: una teoría práctica constitucional norteamericana . Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Albarracín et al. (2011). *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*. Universidad de los Andes. Disponible en: [http://www.justiciaglobal.info/docs/JG6\(correc\).pdf](http://www.justiciaglobal.info/docs/JG6(correc).pdf).
- Touraine, A. (2001). *¿Qué es la democracia?* México: FCE, pp.15-34
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Wilches, C. (2013, 12 de marzo). “No comparto declaración de la Corte Constitucional: senadora Caudia Wilches”. Senado de la República. Disponible en: <http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/16598-no-comparto-declaracion-de-la-corte-constitucional-que-reconoce-como-familia-la-union-entre-parejas-del-mismo-sexo-senadora-claudia-wilches?tmpl=component&print=1>.

Informes

- PNUD, OEA (2010). Nuestra Democracia. Disponible en: http://www.oas.org/es/sap/docs/Nuestra_Dem_s.pdf.
- ENDS (2010). *Características generales de los hogares y de la población*. Disponible en: <http://www.profamila.org.co/encuestas/Profamilia/Profamilia/imagenes/stories/PDF-capitulos/Capitulo-3.pdf>.

Instrumentos legales

- República de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia (2011). Proyecto de ley por medio del cual se modifica el artículo 113 del Código Civil y otros.
- Congreso de la República de Colombia (2011). Proyecto de ley por medio del cual se regula la unión civil entre parejas del mismo sexo y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República de Colombia (2011). Proyecto de ley por medio del cual modifica el Código Civil, el Código de Infancia y la Adolescencia y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Proyecto de ley por medio del cual se crea el contrato de unión civil entre personas.

Congreso de la República de Colombia (2012). Proyecto de ley por el cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/111010165/Ponencia-primer-debate-del-proyecto-de-ley-de-matrimonio-para-parejas-del-mismo-sexo-Colombia-2012>.

Corte Constitucional de la República de Colombia (2000). Sentencia C-533.

Corte Constitucional de la República de Colombia (2001). Sentencia C-1047.

Corte Constitucional de la República de Colombia (2007). Sentencia C-811.

Corte Constitucional de la República de Colombia (2009). Sentencia T-388.

Corte Constitucional de la República de Colombia (2009). Sentencia T-075.

Corte Constitucional de la República de Colombia (2011). Sentencia C-577.