



Oficina H.S. Armando Benedetti

Bogotá D.C, Julio de 2015

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Ciudad

Respetado Secretario Eljach Pacheco:

De manera atenta me dirijo a usted con el fin de presentar proyecto de ley, *“por la cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones”* junto con su exposición de motivos, en los precisos términos del artículo 154 de la Constitución y el artículo 140 y siguientes de la Ley 5 de 1992.

Cordialmente,

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

SENADOR DE LA REPÚBLICA

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

PROYECTO DE LEY NÚMERO DE 2015 SENADO

“por la cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto regular legalmente el matrimonio, incluido el de las parejas del mismo sexo y determinar sus efectos legales de conformidad con el principio de dignidad humana, igualdad y pluralismo que establece la Constitución Política de Colombia.

Artículo 2º. Definición de matrimonio. El artículo 113 del Código Civil quedará así:

Artículo 113. Definición. El matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas hacen una comunidad de vida permanente y singular, con el fin de convivir y auxiliarse mutuamente.

Artículo 3º. Capacidad para contraer matrimonio. El artículo 116 del Código Civil quedará así:

Artículo 116. Capacidad para contraer matrimonio. Las personas mayores de edad pueden contraer matrimonio libremente.

Artículo 4º. El artículo 128 del Código Civil quedará así:

Artículo 128. Solicitud ante Juez o Notario. Las personas que quieran contraer matrimonio concurrirán al juez o notario verbalmente o por escrito, manifestando su propósito. En este acto o en el memorial respectivo expresarán los nombres de sus padres o curadores, según el caso.

Artículo 5º. Suprímase el artículo 130 del Código Civil.

Artículo 6º. Suprímase el artículo 131 del Código Civil.

Artículo 7º. El artículo 131 del Código Civil quedará así:

Artículo 135. Celebración del matrimonio. El matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes en el despacho del Juez o Notario. El juez o notario explorará de los esposos si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio; les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van a contraer, instruyéndolos al efecto en las disposiciones de los artículos 152, 153, 176 y siguientes de este Código. En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, el juez o notario y su secretario, con lo cual se declarará perfeccionado el matrimonio.

AQUÍVIVE LA DEMOCRACIA



Oficina H.S. Armando Benedetti

Artículo 8°. Suprímase el artículo 136 del Código Civil.

Artículo 9°. El artículo 137 del Código Civil quedará así:

Artículo 137. *Contenido y registro del acta de matrimonio. El acta contendrá, además, el lugar, día, mes y año de la celebración del matrimonio, los nombres y apellidos de los casados, los del Juez o Notario y Secretario.*

Registrada esta acta, en caso de matrimonio ante juez, se enviará inmediatamente al notario respectivo para que la protocolice y compulse una copia a los interesados. Por estos actos no se cobrarán derechos.

Artículo 10. El artículo 137 del Código Civil quedará así:

Artículo 138. *Consentimiento. El consentimiento de los contrayentes debe pronunciarse en voz perceptible, sin equivocación, y por las mismas partes, o manifestarse por señales que no dejen duda.*

Artículo 11. El numeral 12 del artículo 140 del Código Civil quedarán así:

Artículo 140. *Causales de nulidad. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:*

12. Cuando respecto de uno de los cónyuges, o de ambos, estuviere vigente el vínculo de un matrimonio anterior.

Artículo 12. Adiciónese el artículo 164 A al Código Civil.

Artículo 164 A. *Aplicabilidad. Para todos los efectos legales, se entenderán comprendidos por las disposiciones contenidas en los artículos 165 a 268 y demás normas que regulen lo pertinente al matrimonio y a la unión marital de hecho, las parejas del mismo sexo que contrajeran nupcias o se unieran con las formalidades establecidas por la ley.*

En caso de contradicción entre esta norma y las demás, se entiende derogada toda disposición contraria a lo establecido en el presente artículo.

Artículo 13. Modifíquese el artículo 1° de la Ley 258 de 1996 así:

Artículo 1°. *Definición. Entiéndase afectado a vivienda familiar el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio o unión civil destinado a la habitación de la familia.*

Artículo 14. Modifíquese el artículo 2° de la Ley 495 de 1999 así:

Artículo 2°. Los numerales a) y b) del artículo 4° de la Ley 70 de 1931 quedará así:

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA



Oficina H.S. Armando Benedetti

Artículo 4°. *El patrimonio de familia puede constituirse a favor de una familia matrimonial, de hecho o, de una mujer u hombre con descendencia:*

a) De una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente y los hijos de estos y aquellos menores de edad.

b) De familia compuesta únicamente por un hombre o mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente.

c) De una familia compuesta por personas del mismo sexo unidas bajo el vínculo de la unión civil o por compañeros permanentes.

Artículo 15. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga en lo pertinente las disposiciones que le sean contrarias.

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA
SENADOR DE LA REPÚBLICA

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

El Proyecto que se presenta ante el Senado, pretende dar cumplimiento a la Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, regulando el tema del matrimonio de parejas del mismo sexo y la conformación de una familia, superándose así en alguna medida el déficit axiológico que se predica de este grupo de personas, quienes han sido discriminadas hasta la fecha, sin que media una justa causa constitucional para ello. Esta iniciativa tiene como autores a los Representantes Miguel Gómez Martínez, Alba Luz Pinilla Pedraza, Wilson Arias Castillo, Iván Cepeda Castro, Hernando Hernández, Ángela María Robledo, Guillermo Rivera Flórez, Hernando Alfonso Prada Gil y al suscrito Senador de la República.

2. Protección constitucional a parejas del mismo sexo, según la honorable Corte Constitucional

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, ha sido una constante, la discusión en torno al déficit ostensible que experimentan las parejas del mismo sexo también denominadas igualmente como homosexuales o gay¹[1][1], en relación a sus derechos, pese al catálogo de Derechos Fundamentales que irradian con claridad de la Carta

¹[1][1] <http://es.wikipedia.org/wiki/Gay>: La palabra **gay** (sustantivo o adjetivo, plural: gais)¹ 2 es una manera de designar a los sujetos homosexuales masculinos, es decir, a los hombres que muestran inclinación hacia la relación erótico-afectiva entre individuos de su mismo sexo. La principal diferencia entre las denominaciones hombre homosexual y gay (que hasta los años setenta significaba alegre o divertido en inglés) es que este último es un término positivo, importado del inglés y elegido originalmente por la comunidad gay de San Francisco (California, Estados Unidos) para referirse a sí mismos. Mientras que homosexual es un neologismo que originalmente en inglés tenía connotaciones negativas relacionadas con una patología, enfermedad o tara. Fue acuñado en 1869 por el escritor austriaco Karl-María Kertbeny y popularizado más tarde por el psiquiatra alemán Krafft-Ebing. En países hispanohablantes, gay se refiere casi exclusivamente al género masculino, especialmente a aquellos que aceptan su género biológico (por lo tanto no se aplica al transformista, al travesti ni al transexual) estén o no fuera del armario. También suele usarse en algunos países para designar o calificar al género femenino; para evitar confusiones se suele hablar de gais y lesbianas, aunque para algunas interpretaciones esta expresión es redundante. Página consultada el día 15 de octubre de 2012.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

Fundamental de manera explícita entre estos: la dignidad humana artículo 1º, la igualdad artículo 13, el libre desarrollo de la personalidad artículo 16, a conformar una familia artículo 42 y a la seguridad social artículo 48. Y de manera implícita, en diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia, que integran el bloque de constitucionalidad²[2][2]. Prueba de ello es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se infiere del buen entender del artículo 23.2 que se lee: *se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*, y que no permite entender que la institución del matrimonio y de la familia está única y exclusivamente creada para parejas heterosexuales.

Sin embargo, a pesar de lo expresado en la Constitución Nacional, es evidente que existen en el ordenamiento jurídico normas que se tornan contrarias al orden normativo superior, creadas en un contexto preconstitucional ajeno al Estado Social de Derecho, como es el caso del artículo 113 del Código Civil y los que se desprenden del mismo, que nos indica:

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

Disposiciones que bien pueden ser sacadas del ordenamiento jurídico u objeto del control constitucional especial aplicando la figura de la excepción por inconstitucionalidad.

[2][2] Definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995 con la ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero: *Se refiere aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas y por mandato de la misma constitución Así mismo dentro del principio de la supremacía y preeminencia de la Carta Fundamental, enmarcado en la Sentencia C-560 de 1999 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz: La integridad y supremacía de la Constitución ha sido considerada como un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas se concede a ellas por la Constitución para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas.*



Oficina H.S. Armando Benedetti

Evitándose así la flagrante vulneración a los Derechos Fundamentales de las personas homosexuales, que aun cuando sean minoría, merecen de una especial protección constitucional, propia de un Estado **pluralista, democrático, incluyente, laico y respetuoso** de las garantías individuales, siguen vigentes e integran nuestro derecho positivo.

Esa es la razón permanente, que llevó a la honorable Corte Constitucional como órgano de cierre o límite de la jurisdicción constitucional a ejercer un control constitucional estricto en abstracto y concreto a favor de las personas que presentan esta orientación sexual, a través de una amplia e inquebrantable línea jurisprudencial para proteger los derechos *iusfundamentales* de los homosexuales, pronunciada especialmente desde el año 2007 en sus *ratio decidendi*.

Fue así como en la Sentencia C-075 de 2007 concedió algunas pretensiones negadas con anterioridad a este grupo de personas por el Alto Tribunal, fueron protegidas a las parejas homosexuales, relacionadas sucintamente por la Sentencia C-577 de 2011, así: *En dicha sentencia se decidió declarar exequible la Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, 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, dado que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección, exclusivamente para las parejas heterosexuales.*

En la Sentencia C-811 de 2007 la Corte se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, referente a la vinculación al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo y, tras estimar que se configuraba un déficit de protección, porque la pareja homosexual no tiene derecho, en cuanto a pareja a recibir los beneficios del régimen contributivo del sistema general de salud, por cuanto la disposición limita el alcance de la misma al ámbito familiar, lo que significa que un individuo afiliado en calidad de cotizante al régimen contributivo, no puede vincular a su pareja homosexual en calidad de beneficiaria, decidió declararlo exequible en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, ya que el perjuicio que se deriva de la exclusión de la pareja homosexual de la cobertura del

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

régimen de seguridad social en salud es de mayor gravedad que el que generaba la exclusión de la pareja homosexual de las normas sobre régimen patrimonial.

Procede agregar a este recuento que mediante Sentencia C-336 de 2008 la Corporación declaró la exequibilidad de algunas expresiones que se refieren a la compañera o compañero permanente o al cónyuge o la compañera o compañero permanente, contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en la forma como fueron modificados por la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales, es decir, acudiendo ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes.

La Corte consideró que la imposibilidad del homosexual para acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

La Sentencia C-798 de 2008 da cuenta del examen de constitucionalidad del parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, de acuerdo con cuyo tenor, tratándose del delito de inasistencia alimentaria, para los efectos de este artículo se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990 La Corte resolvió declarar inexecutable la expresión únicamente y exequible el resto de la disposición, en el entendido que las expresiones `compañero y `compañera permanente comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo, pues el tratamiento diferenciado representa un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

La Sentencia C-029 de 2009 contiene el estudio de la constitucionalidad de un enorme y variado conjunto de disposiciones referentes a distintas clases de medidas protectoras para familiares cercanos y, en buena parte de los casos examinados, la Corporación decidió declarar la exequibilidad de las expresiones demandadas relativas al cónyuge y las más de las veces al compañero o compañera permanente, en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo, como resultado de un escrutinio estricto y a fin de paliar el déficit de protección y de poner término a una discriminación basada en la orientación sexual, tomada por categoría sospechosa.

Finalmente, resulta de importancia mencionar que, por Sentencia C-283 de 2011, la Corte resolvió declarar la exequibilidad de los artículos 16-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo, basándose para ello en la igualdad de trato entre los cónyuges y los compañeros permanentes, así como en la extensión a las parejas del mismo sexo del régimen jurídico reconocido por el legislador y la jurisprudencia constitucional a las uniones de hecho, particularmente desde la Sentencia C-075 de 2007.

En la misma línea argumentativa, es un vector de ineludible discusión el tema de las mayorías en una democracia como la colombiana, en donde con el pasar del tiempo se ha pretextado su existencia para justificar cualquier medida o cambio en el funcionamiento de un Estado, sin importar las nefastas consecuencias institucionales que pudiere traer, por la simple y revaluada creencia que las mayorías no tienen relativización y que son las únicas titulares de derechos. O pretender que asunto que afecta de manera inexorable a las minorías homosexuales, deba ser sometido a consideración de las mayorías como una instancia irreal garantista mediante un referendo, como si este fuese el mecanismo justo para discutir esta situación que afecta a unos pocos.

Como se mencionó anteriormente, fue este el argumento principal que llevó tristemente a justificar regímenes estatales autoritarios, déspotas y arbitrarios, cuyo desconocimiento a las garantías y derechos a los administrados era permanente y sistemática, en especial el de

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

la minorías, bajo la excusa que solo las ideas mayoritarias son la base de toda democracia, o bajo la falaz percepción de prerrogativas en su favor como la seguridad, la economía o el empleo.

Muy precisas resultan las palabras del gran Maestro Fernando Hinestrosa, en lo tocante al riesgo de atribuir un papel estelar al concepto de las mayorías, sin reglas o límites para su ejercicio:

Es bien sabido que atrás quedó la formación humanística como valor en sí, sustituida por el solo saber hacer, y que la comunicación se volvió impersonal y simbólica. Y, por doquier se extiende la sensación de inseguridad frente a los individuos y comunidades diferentes, tratados con desconfianza y hostilidad. Situación que conduce a quienes se sientan asediados, a demandar la presencia de una autoridad total, en cuyo altar se inmolan sus libertades en aras de la seguridad. Seguridad, tranquilidad y disfrute egoísta como polos de atracción y factores de la deformación de la democracia que tiende a convertirse en una democracia totalitaria o Incorporated Democracy, en la que los ciudadanos ya no son más que meros componentes de un rebaño menesteroso de pastores que lo dispensen del esfuerzo de opinar y lo liberen de los riesgos inherentes al disenso³[3][3].

3. Institución del matrimonio y concepto de familia, ambos criterios aplicables a las parejas homosexuales en un Estado Social de Derecho

Ahora bien, lo relevante para el presente asunto, es determinar lejos de cualquier equívoco que las parejas del mismo sexo tienen derecho a optar por la materialización de la institución del matrimonio, entendido como un contrato solemne que cambia el estado civil de los contrayentes y a constituir una familia sin que sea la familia monogamia la única protegida constitucionalmente-. No siendo de recibo **constitucionalmente** hablando la tesis relativa a que el matrimonio y la conformación de la familia homosexual, no es

³[3][3] Palabras declamadas al recibir las insignias del Doctorado Honoris Causa de la Universidad Pantheon-Assas (París II). 29 de Enero de 2010.



Oficina H.S. Armando Benedetti

procedente bajo aspectos fundados en concepciones religiosas, morales, éticas, científicas o técnicas muchas de estas compartidas por altos funcionarios del Estado y sectores de la iglesia- sin un asidero constitución serio y comprobable, que apuntan a demostrar un grado de anormalidad o condición contraria a la naturaleza humana de los homosexuales, en abierta distancia a nuestra Carta Fundamental.

El matrimonio de parejas del mismo sexo ha tenido respaldo en los últimos años en los Países Bajos en el 2001, en Bélgica en 2003, en España en 2005, en Canadá en 2005, en Noruega en 2009, en Suecia en 2009, en Portugal en 2010, en Islandia en 2010, en Argentina en 2010, en Ciudad de México en 2009 y Estados Unidos en 2015.

Inicialmente la Corte Constitucional sobre este tema, plasmó la posición mayoritaria en aquel entonces respecto al tema de los derechos de las parejas del mismo sexo en la Sentencia C-814 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra donde se estudió la constitucionalidad de los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto-ley 2737 de 1989, *Código del Menor* referida a la adopción de parejas homosexuales, considerando esta colegiatura, que la adopción perseguía un fin constitucional exclusivo para el menor, que requería además de una idoneidad moral, demarcando esta providencia que el concepto de familia parte de la conformación restrictiva de un hombre y una mujer. El salvamento de voto a cargo del Magistrado Jaime Araújo Rentería, en buena hora precisó:

ADOPCIÓN-Idoneidad moral laica (Aclaración y salvamento de voto)

FAMILIA-Clases (Aclaración y salvamento de voto)

El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

MATRIMONIO-Conformación/FAMILIA-Constitución/FAMILIA-Constitución por voluntad responsable de conformarla (Aclaración y salvamento de voto)

El matrimonio es apenas una de las estradas que conducen a la familia, y este, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea, que

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos. La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio. El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene u na familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico). La tercera vía para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo.

ADOPCIÓN-No contiene un fin único (Aclaración y salvamento de voto)

HOMOSEXUALIDAD-Existencia de prejuicios (Aclaración y salvamento de voto)

Referencia: expediente D-3378

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto-ley 2737 de 1989, Código del Menor.

Me separo de la decisión mayoritaria en relación con el numeral segundo de la parte resolutive por las razones que más adelante expresaré y aclaro el voto en relación con el numeral primero. Comenzamos por este último:

Aclaración de voto numeral primero.

Mi voto favorable al numeral primero lo hago con la comprensión de que la palabra moral se entienda como una moral laica, no religiosa.

Salvamento de voto respecto del numeral segundo.

En relación con el voto del numeral segundo salvo el voto por las siguientes razones:

A mi juicio, la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA



Oficina H.S. Armando Benedetti

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

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

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

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

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

Sintetizando podemos afirmar, que ha existido una interpretación errada tanto por la Corte Constitucional como por otros intérpretes del artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer; este fundamento, hombre y mujer sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución.

No es cierto como afirma la sentencia que la adopción tenga un fin único como es la protección de los niños, pues no siempre se adoptan niños, ya que existe la posibilidad en el artículo 92 del Código del Menor de adoptar a mayores de edad, si bien ese fin existe, al lado de él coexisten otros fines, no siempre altruistas, ya que a veces mueve a adoptar el deseo egoísta de los padres de tener hijos, u otros fines.

No se entiende cómo permitiendo la ley la adopción por una sola persona (un solo hombre o una sola mujer), y pudiendo ser esta persona homosexual, pueda adoptar hijos y en cambio cuando convive con otro homosexual ya no puede adoptarlos; este impedimento es simplemente absurdo.

No es tampoco de recibo el argumento de que no se permite la adopción a parejas homosexuales, ya que por no existir el vínculo matrimonial no tendría los mismos derechos que tienen los adoptados dentro de una unión de un hombre y una mujer. Este argumento constituye una falacia y al mismo tiempo un círculo vicioso; falacia porque se hace con el ánimo de engañar y círculo vicioso, pues no se lo permite porque no tiene la protección y no tiene la protección porque no se lo permite. Esta interpretación viola el numeral 6 del artículo 42 de la Constitución, ya que los hijos adoptados por homosexuales deben tener los mismos derechos de los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

Aun aceptando, en gracia de discusión y solo en gracia de discusión que la adopción busca la protección de los menores, no es cierto que un niño adoptado por una pareja de heterosexuales esté más protegido que un niño de una pareja de homosexuales, y esto no es cierto ni en el nivel económico, ni en el nivel físico, ni en el nivel psíquico, pues no está demostrado que una pareja heterosexual permita un desarrollo afectivo o psicológico mayor que el que pueda dar una pareja homosexual. Tampoco es cierto y hay que decirlo claramente, que los hijos de homosexuales, terminen siendo homosexuales; como tampoco es cierto que los hijos de heterosexuales terminen siendo heterosexuales y la mayor prueba contra esta correlación es que muchos homosexuales son hijos de padres que no eran homosexuales. Comoquiera que no se ha determinado científicamente si el homosexualismo es una condición genética o una decisión voluntaria, o un poco de ambas, me parece injusto y violatorio del artículo 16 de la Constitución, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad que la duda se resuelva en contra de los homosexuales; pues si existe duda, esta debería resolverse en su favor y no en su contra.

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

Es menester remitirnos nuevamente a la ya mencionada Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en donde de manera fulminante se cambió la línea jurisprudencial antes vista y se estableció que la Constitución permite colegir, empleando diferentes métodos hermenéuticos, que las parejas del mismo sexo constituyen una familia

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

y pueden celebrar válidamente el contrato solemne del matrimonio que cambia su estado civil, como se desprende de su contenido literal:

El reconocimiento constitucional del matrimonio para los heterosexuales y su consiguiente protección expresamente contemplada en la Carta no implican, necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja homosexual de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado. En efecto, la expresa alusión al matrimonio heterosexual y la ausencia de cualquier mención al vínculo jurídico que formalice la unión entre personas del mismo sexo no comportan una orden que, de manera perentoria, excluya la posibilidad de instaurar un medio por cuya virtud la familia conformada por homosexuales pueda surgir de un vínculo jurídico, pues el contenido del artículo 42 superior no está en contradicción con los derechos de las parejas homosexuales y por lo tanto, tampoco impide que se prevea una figura o institución jurídica contractual que solemnice la relación surgida de la expresión libre de la voluntad de conformar una familia con mayores compromisos que la originada en la simple unión de hecho. Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas heterosexuales está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisión implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica.

Esa misma providencia en su parte resolutive declaró:

RESUELVE:

Primero. Declarar **exequible**, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión un hombre y una mujer, contenida en el artículo 113 del Código Civil.

Segundo. Declararse **inhibida** para pronunciarse de fondo respecto de la expresión de procrear, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

*Tercero. Declararse **inhibida** para pronunciarse de fondo respecto de la expresión de un hombre y una mujer contenida en los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales.*

Cuarto. 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.

Quinto. 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.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese al expediente. (Subrayas fuera del texto original).

Quiere decir lo anterior, que el Congreso de la República tenía un plazo perentorio para superar esta brecha desigual frente al matrimonio de los homosexuales, que de no hacerlo legislando sobre la materia; de manera automática opera el reconocimiento tácito al que hace alusión la providencia referida, sin que haya sido producto del debate propio del órgano de representación popular. En razón al plazo se presentó el Proyecto de ley 47 de mi autoría, el cual fue acumulado con otros proyectos iniciando de esta manera las discusiones al interior de la Comisión Primera de Senado, la discusión del proyecto fue amplia y favorable pues permitió la participación de la comunidad LGTBI y hacer visible la discriminación a la que estos se ven enfrentados por el simple hecho de tener una preferencia sexual distinta a la mayoritaria del país.

En dichas sesiones intervinieron diferentes sectores sociales a favor y en contra de la iniciativa, como consta en los documentos correspondientes de la época -muchas de ellas fueron consideradas en el texto que fue aprobado por la comisión primera y el cual es la base para la presentación nuevamente de la iniciativa. Y más ahora cuando en la actualidad colombiana existe un estado de opinión en la calle que de forma paulatina ha progresado hacia la aceptación del matrimonio homosexual. Si en 2011 eran poco más de 30% los colombianos que lo respaldaban, y hoy ha llegado hasta el 58% según datos de la encuesta Gallup publicada en junio de 2015

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

Resta indicar que el derecho a la igualdad constituye el fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que emana de la dignidad humana, pues se deriva del hecho de reconocer que todas las personas incluyendo las jurídicas, en cuanto lo son, tienen derecho a exigir de las autoridades públicas y privadas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que exista entre ellas, correspondiéndole al Estado promover y garantizar las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, con énfasis en aquéllas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, física o mental.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que: *la igualdad es un concepto relacional por lo que no puede aplicarse en forma mecánica o automática, pues no sólo exige tratar igual a quienes se encuentren en situaciones similares, sino también de forma desigual a los sujetos que se hallen en situaciones disímiles. De su carácter relacional se ha derivado la posibilidad de que su protección sea invocada respecto de cualquier trato diferenciado injustificado, al tiempo que se ha señalado que el contenido esencial de la igualdad no guarda relación con el derecho a ser igual, sino que se refiere al derecho a ser tratado igual en situaciones similares. El control judicial del respeto al derecho fundamental a la igualdad de trato es una operación compleja, en atención a que no existen en sí mismas situaciones o personas que sean totalmente iguales o totalmente diferentes, de suerte que las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, similitudes o diferencias, desde cierto punto de vista*⁴

Es decir puede existir un trato diferencial entre situaciones fácticas y jurídicas presentadas, siempre que ello obedezca inexorablemente a un motivo racional, proporcional, que persiga además un fin constitucional y legalmente consagrado. Circunstancias no satisfechas en el caso *sub examine* y mucho menos permite que se puedan llegar a inferir o suponer.

Al ser diferente el trato respecto de unos y **otros ciudadanos que exhiben una orientación sexual diferente**, sin que medien argumentos basados en la razonabilidad,

⁴Sentencia C-748 de 2009 M.P. Rodrigo Escobar Gil.



Oficina H.S. Armando Benedetti

proporcionalidad y objetividad tal como lo exige la Corte Constitucional⁵, se configura una clara discriminación directa en sentido formal y material⁶, sin que alcance esta limitación el umbral de la aplicación del test de igualdad estricto, medio o leve⁷ y el llamado juicio de proporcionalidad⁸, y que además constituye un criterio sospechoso, definido:

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales⁹.

Solo resta indicar que según la OMS (Organización Mundial de la Salud) hasta la fecha¹⁰ no existe reporte alguno referente a que los homosexuales sean considerados enfermos, anormales y disfuncionales respecto a otros ciudadanos, que ameriten mantener el trato diferente del que vienen siendo objeto por cuenta de un criterio sospechoso.

Son muchas más las razones que apoyan el sentido de esta ponencia en términos constitucionales y jurisprudenciales, no obstante, para ser muy puntual, considero que son las personas que NO están de acuerdo con el matrimonio homosexual, la conformación de una

⁵Ver entre otras las Sentencias de la Honorable Corte Constitucional C-221 de 1992, C-430 de 1993, T-230 de 94, C-445 de 1995, C-022 de 1996. T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000.

⁶Sentencia Honorable Corte Constitucional T- 593 de 2006 M.P. Doctora Clara Inés Vargas Hernández.

⁷Sentencia Honorable Corte Constitucional T- 577 de 2005 M.P. Doctor Humberto Sierra Porto.

⁸Sentencia Honorable Corte Constitucional C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además, entre otras, las Sentencias T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ http://search.who.int/search?q=homosexual&ie=utf8&site=default_collection&client=es&proxystylesheet=es&output=xml_no_dtd&oe=utf8. Página consultada el día 15 de octubre de 2012.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co



Oficina H.S. Armando Benedetti

familia y su legítimo derecho a adoptar (según las voces del artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia¹¹), los que deben de manera pertinente, suficiente, seria y comprobada desvirtuar las reglas, principios y valores que protegen los Derechos Fundamentales de los homosexuales, superando las diferentes clases de ciudadanos. Lo que supone insalvablemente la supresión, desconocimiento o sustitución de la Constitución de 1991.

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA
SENADOR DE LA REPÚBLICA

11Artículo 68. Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar: 1. Las personas solteras. 2. Los cónyuges conjuntamente. 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior. 4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración. 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. PARÁGRAFO 1°. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción. PARÁGRAFO 2°. Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Capitolio Nacional Segundo Piso. Tel: 3825256
www.senado.gov.co