

La *modulación de sentencias* como medio para articular la oportunidad política de la Corte Constitucional colombiana. El caso de las parejas del mismo sexo*

Modulation of sentences as a means to articulate the political opportunity of the Colombian Constitutional Court. The case of same-sex couples

Juan Pablo Sarmiento E. **
Universidad del Norte (Colombia)

* Este trabajo es producto del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad de los Andes y la disertación doctoral bajo la dirección del Dr. Gustavo Quintero Navas.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y actualmente cursa doctorado en la misma universidad. Profesor de la Universidad del Norte. jpsarmiento@uninorte.edu.co

Resumen

En el marco de la transformación que ha sufrido el régimen de derecho de familia hacia la inclusión de parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional ha jugado un papel central y quizá solitario. En este artículo se analizan los principales fallos de la Corte Constitucional relativos a la unificación en el ámbito de protección a las parejas del mismo sexo, extrayendo de cada uno de ellos los elementos de creación jurisprudencial más relevantes. Con lo anterior se argumentará, entonces, que por medio de diversos instrumentos interpretativos, la Corte ha instrumentalizado sus fallos para ejercer su oportunidad política en dirección a la opinión prevalente por medio del condicionamiento de las sentencias de constitucionalidad.

Palabras clave: Discriminación a parejas del mismo sexo, unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo, discriminación institucional, protección jurídica a la diversidad sexual..

Abstract

As part of the transformation that has taken place in the family law regime towards the inclusion of same-sex couples, the Constitutional Court has played a central role and perhaps alone. This paper analyzes the main decisions of the Constitutional Court concerning standardization in the field of protection for same-sex couples, drawing from each building elements most relevant jurisprudence. Thus I argue that through a variety of interpretive tools, the Court has instrumentalized its decisions to exercise political opportunity in the direction of the prevailing view, using the conditioning of the judgments of constitutionality.

Keywords: Discrimination against same-sex couples, de facto marital union between same sex partners, institutional discrimination, legal protection for sexual diversity.

Fecha de recepción: 19 de agosto de 2011

Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2011

INTRODUCCIÓN

La producción jurisprudencial colombiana en materia de discriminación afirmativa del Estado a favor de las parejas del mismo sexo ha sido rica, tanto en contenido como en consecuencias. Las sentencias C-098 de 1996, C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-029 de 2009, C-802 de 2009, C-886 de 2010, C-283 de 2011, y la más reciente la C-577 de 2011, son las que han impulsado, en realidad, el reconocimiento jurídico a las minorías sexuales.

No obstante, pocos estudios se han realizado sobre la manera en que se han condicionado los anteriores fallos, las estrategias de interpretación que se han desplegado y las consecuencias que para las parejas del mismo sexo podrían haberse deducido de dicha transformación jurídica. Por lo tanto, en este trabajo se expondrán las categorías más pronunciadas sobre la modulación de sentencias, y en ellas se enmarcarán los fallos antes enunciados, para observar, con ello, tanto el enriquecimiento normativo de las disposiciones condicionalmente constitucionales¹ como la oportunidad política que cada una de ellas podría esconder.

Para dar inicio a este estudio se formulará, en primer lugar, una visión crítica sobre la capacidad legitimadora que tiene la jurisprudencia

¹ Se hace referencia al contenido normativo de una disposición partiendo de la diferencia que existe entre disposición y norma. La modulación de sentencias supone, en buena parte, la transformación del significado de la ley bajo control, más que su eliminación o su interpretación de conformidad con la Constitución. De este modo, el Tribunal Constitucional modifica el contenido de la disposición mediante la supresión de las normas que de esta se deriva, entendiendo por "norma" aquella parte de una disposición que supone un proceso interpretativo por parte del operador jurídico. Disposición que se define como "la formulación gramatical o lingüística en la que se expresa un significado normativo", mientras que "la norma debería entenderse entonces como el significado que se otorga u obtiene al interpretar la disposición". Ver Escobar (2003, p. 7 y ss.), tesis en la que cita a Barrere Unzueta, M^a Á. y otros, en *Lecciones de Teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 108. Ver también Di Manno (1997) y Sánchez Sánchez (2005, p. 126); quizá el aporte más significativo del último autor citado se contrasta con la labor eminentemente normativa del Tribunal Constitucional, que precisa las disposiciones constitucionales y las más de las veces restringe el ámbito de acción del legislador tornando "más estricto el control, al paso que una mayor laxitud en la delimitación de las figuras o incluso el silencio del constituyente acerca de algún aspecto resultan más propicios a la existencia de diferentes opiniones regulativas brindadas al Congreso".

como fuente del derecho. Danièle Lochak ha realizado una importante contribución, que se comparte en este escrito, sobre esta capacidad normativa de las Cortes, que para los fines de este artículo resulta esencial. En efecto, los hallazgos de la profesora Lochak permiten constatar que la jurisprudencia ha contribuido a la legitimación de la acción estatal, ya sea por la referencia alternativa al poder administrativo y al servicio público, entre otros aportes dogmáticos, que sin duda alguna constituyen una singular manera de legitimar acciones estatales que desbordan la juridicidad de las acciones de los poderes públicos.

Así, se puede afirmar que el juez también participa en la consolidación de un orden liberal o totalitario que media entre los derechos de las personas y las prerrogativas del Estado; claro está, bajo la idea central de mantener la “paz” y defender el interés público (ver Lochak, 2007). La extraordinaria capacidad legitimadora que ofrece el derecho, y en especial la producción jurisprudencial, responde en ocasiones a intereses entrecruzados de quienes ostentan el poder (Lochak, 2007). Lochak resalta que la decisión de la justicia responde, las más de las veces, a decisiones políticas que se hacen menos visibles cuando van en la dirección de la opinión prevaleciente.

Ciertamente, el aporte de Lochak permite entender que, de hecho, bajo el razonamiento jurídico del juez se encuentra la oportunidad política que está en juego. Incluso es posible evidenciar que el juez recurre a principios constitucionales que tienen como resultado habilitar jurídicamente una situación ilegal o antijurídica (Lochak, 1972, pp. 127-128). El contexto tiene una importante incidencia sobre la interpretación que el juez administrativo da a un texto en el que los términos son susceptibles de diferentes significaciones, de manera que el juez toma en consideración las circunstancias de aplicación del texto en tanto son resorte de su propia elaboración, y emite subreglas hechas de frente para situaciones particulares, donde solo en muy pocas ocasiones denuncia explícitamente las razones políticas que le demandaron adaptarse o hacer un examen jurisprudencial de las normas presentes en el ordenamiento jurídico (Lochak, 1972, pp. 131- 133)².

² Lochak cita al Consejo de Estado Francés, Sentencia del 4 de agosto de 1915 y Sentencia del 22 de abril de 1966, Sociedad Unión Africana de Prensa.

Con el anterior aporte se demuestra, por medio de la articulación de las siguientes categorías jurídicas, cómo operaría la modulación de sentencias en materia de igualación de derechos de las minorías sexuales, que permiten constatar cómo la Corte ha restado visibilidad a sus propias decisiones judiciales, en la medida en que coinciden con las opiniones prevalentes³, en especial cuando se rechaza, se aplaza o se atenúa la igualación de parejas del mismo sexo en materia de matrimonio y adopción. Se trata de la modulación de sentencias, la omisión legislativa y la oportunidad política insertas en la misma modulación.

Es evidente que en el escenario planteado, los fallos de la Corte se mueven entre la legitimación de un desarrollo legislativo deficitario, un estado de cosas (in)constitucional y el reconocimiento de derechos de minorías sexuales. Allí la tensión se manifiesta en la medida en que la libertad de configuración legislativa ha hecho de este tema un objeto permanente de debates legislativos, sin resultados normativos precisos.

Hallazgos anteriores permitirían considerar que hasta ahora la unión marital de hecho entre personas del mismo sexo ha sido vista, sobre todo por los activistas que intervinieron en su litigio ante la Corte Constitucional, como un primer paso, esencial por demás, hacia la igualación de derechos entre las parejas del mismo sexo y las uniones heterosexuales (ver Sarmiento Erazo, 2009a). En efecto, varias publicaciones han sido ofrecidas en torno a la Sentencia C-075 de 2008, en la que se resalta, con razón, aquel reconocimiento que ha abierto.

No obstante, la visión que se pretende recoger en este estudio planteará una crítica a la manera en que en los últimos tres años, y dado el cambio que se produjo en la composición de la Corte Constitucional, se ha optado por mecanismos interpretativos que convocan a la restricción o ampliación simbólica de los derechos de estas minorías. Este objetivo no supone una contradicción contra quienes opinan que este

³ Señalo como “visiones u opiniones prevalentes”, en la materia objeto de estudio, aquellas percepciones hegemónicas que configuran una discriminación social persistente para las parejas del mismo sexo, como un mecanismo de segregación “enquistado” en una sociedad como la colombiana, eminentemente católica y patriarcal.

cambio representa una transformación esencial en el sistema jurídico colombiano; empero, se planteará un punto de vista más conservador que constate que, en realidad, el juez constitucional puede haber llegado al punto en el cual prefiere evitar conflictos políticos y sigue la opinión prevalente, dejando en manos de las mayorías parlamentarias las decisiones más relevantes en la materia, a saber, la adopción y el matrimonio homosexual.

Habiendo señalado entonces la crítica fundamental desde la que se parte en este estudio, se presentará ahora el plan de trabajo. En primer lugar se harán consideraciones sobre la oportunidad política dentro de la omisión legislativa y las contribuciones dogmáticas del Tribunal Constitucional sobre la materia (I), y posteriormente se clasifican los aportes judiciales de la Corte, para ofrecer en un mismo título las críticas y observaciones atinentes a cada fallo (II).

I. LA OPORTUNIDAD POLÍTICA DENTRO DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA, ENTRE LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

Cuando hablamos de “omisión legislativa”, tradicionalmente hacemos una diferenciación entre la omisión relativa y la omisión absoluta. La primera se refiere a la regulación incompleta o “defectuosa” de la materia objeto de regulación; la omisión legislativa absoluta hace referencia a la completa inacción que impide la creación de algún cuerpo normativo.

En materia de igualación de derechos de las parejas del mismo sexo se han constatado ambas omisiones legislativas. El Congreso, por medio de su inacción, ha retenido y limitado el desarrollo constitucional del derecho a la igualdad desde la configuración propia del régimen jurídico de familia, sucesiones y seguridad social.

No obstante, la omisión legislativa relativa ha sido fuente de mayor actividad judicial de la Corte, en la medida en que la omisión parte de una inactividad del legislador pero contiene, con mayor razón, la discriminación inconstitucional, como se explicará a continuación. Es

por lo antedicho que se le dedicará especial atención, debido a que se trata de la configuración habitual que se le ha dado a la regulación objeto de examen constitucional.

El profesor Rodolfo Arango explica la “omisión Parcial” como un escenario de incumplimiento estatal generador de discriminaciones injustificadas y de situaciones inconstitucionales, que desde la crítica propuesta en nuestro texto legitiman una mayor intervención judicial. La no expedición de normas legisladas puede vulnerar cualquier bien jurídico cuando los derechos o prestaciones constitucionales necesitan de una norma que les brinde eficacia. De la misma manera, una regulación o reglamentación incompleta tienden a vulnerar derechos fundamentales de las personas, en especial el de la igualdad (Arango, 2005, p. 184)⁴.

Explica el autor citado que este tipo de omisiones son difícilmente perceptibles, a diferencia de la omisión absoluta, en la medida en que existe una acción de la administración que contiene algún esfuerzo normador defectuoso desplegado por el legislador. Su (in)constitucionalidad es demostrable mediante un esfuerzo interpretativo que recurre al cumplimiento de la norma constitucional en cuanto a su alcance y aplicabilidad (Arango, 2005, p. 185).

Las omisiones legislativas relativas se verifican cuando una norma desarrolla la Carta Fundamental de manera parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista de la misma Constitución. La competencia del Tribunal Constitucional persiste constantemente en cuanto controla la constitucionalidad de la ley cuando la omisión derive necesariamente una norma implícita contraria a la Constitución. Pero cuando exista la posibilidad de una interpretación de la ley “incompleta” conforme a la Constitución, que permita solucionar la omisión, la competencia para resolver dicha situación inconstitucional puede corresponder tanto a los jueces ordinarios como al Tribunal Constitucional (Díaz Revorio, 2001, p. 84 y 85).

⁴ Arango cita a Breuer, R. (1978). *Grundrechte als Anspruchsrechte*. En O. Bacof/L. Heigl/K. Redeker, *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Theilhabe und Bindung*, Festschrift aus Anlaß des 25jährigen Bestehens es Bundesverwaltungsgerichts. München, p. 119.

También ha señalado la Corte que estas omisiones se configuran en aquellos casos en los cuales el legislador ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente normativo que de acuerdo con la Constitución sería exigencia esencial para armonizar con ella), o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad. Del mismo modo, su control constitucional es posible porque se dirige contra un contenido normativo específico⁵.

La Corte ha expresado que para poder declarar una omisión legislativa relativa y, por ende, la inconstitucionalidad de la norma que la contiene, es necesario que se cumplan varias condiciones: primero, que exista una norma sobre la cual se predica; segundo, que la omisión excluya de sus consecuencias aquellos casos que por ser asimilables deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; tercero, que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; cuarto, que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma, y quinto, que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador⁶.

Entonces, como podemos observar, el legislador expide la ley que desarrolla un deber constitucional, pero en ella solo ha regulado algunas situaciones y deja por fuera otros supuestos similares, lo que conduce a una violación del principio de igualdad⁷. Luego, su imposibilidad de persistir como ley obedece al favorecimiento a un grupo dentro de las

⁵ Ver, por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-1549 de 2000, M.P. (E): Martha Victoria Sáchica Méndez; Sentencia C-407 de 1998; Sentencia C-635 de 2000; Sentencia C-410 de 2001; Sentencia C-155 de 2002; Sentencia C-041 de 2002; Sentencia C-185 de 2002; Sentencia C-562 de 2004; Sentencia C-371 de 2004; Sentencia C-1116 de 2004; Sentencia C-155 de 2004; Sentencia C-1125 de 2004; Sentencia C-061 de 2005; Sentencia C-178 de 2005; Sentencia C-045 de 2006; Sentencia C-116 de 2006. Ver también Sarmiento Erazo (2010c).

⁶ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-185 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-1125 de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 1999, M.P. (E): Martha Victoria Sáchica Méndez.

muchas personas que se encuentran en una situación análoga a aquella regulada y beneficiada⁸.

La acción de inconstitucionalidad contra una omisión legislativa relativa no se origina contra una norma jurídica, debido a que ella no es expresa, sino que tiene lugar únicamente respecto del contenido normativo de la disposición acusada⁹. En este sentido, la Corte diferencia evidentemente qué es una “disposición” y qué es una “norma”; por la primera entendemos cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier formulación gramatical o lingüística en la que se expresa un significado normativo; en otras palabras, disposición es el conjunto de palabras que forman una oración (Escobar, 2003, pp. 8 - 17; Olano García, 2004, p. 572). La norma se entiende, por el contrario, como el ejercicio interpretativo del operador jurídico que atribuye sentido o significado a un texto normativo (Escobar, 2003, p. 17). Conforme a lo anterior, podemos decir que para examinar la constitucionalidad de una omisión legislativa relativa la Corte examina no el texto legal como tal sino su contenido material, o aquellas normas realmente contenidas en la ley. Este hecho permite revelar una mayor competencia en cabeza de la Corte, en cuanto cualquier norma puede contener vacíos normativos que parecerían desproporcionados o arbitrarios, pero que solo podrían ser descubiertos por el Tribunal Constitucional (Sarmiento Erazo, 2010c).

La construcción conceptual desarrollada por la Corte Constitucional permite hallar un aparente límite a la amplia libertad de configuración legislativa, pero que en ningún sentido puede considerarse pacífico. Justamente, el debate sobre la distancia que existe entre *diferenciar* y *discriminar*, presentado anteriormente, resulta altamente empleado en este tipo de omisiones; discriminación que, por demás, debe conducir a un trato injustamente desigual que se predica de la misma disposición acusada, en la medida en que el control constitucional versa sobre una

⁸ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-146 de 1998, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, y Sentencia C-555/94, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Ver Sentencia C- 073 de 1996, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; también Sentencia C-215 de 1999, M.P. (E): Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

norma, a diferencia de las omisiones legislativas absolutas¹⁰. Por ende, la Corte ha señalado que en el estudio de las omisiones legislativas relativas se cumple el fundamento básico del control constitucional –la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución– porque el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto por la ausencia parcial de regulación que puede resultar arbitrario, o discriminatorio en perjuicio de garantías constitucionales como la igualdad¹¹.

De esa manera se incurre en una discriminación normativa cuando dos condiciones fácticas semejantes son tratadas por el legislador de manera desigual sin que exista una justificación objetiva y razonable. Por contera, si el legislador ha reconocido un determinado beneficio a un grupo de personas determinado y ha excluido del mismo a otros que, por compartir los mismos supuestos fácticos, deberían ser sujetos de igual tratamiento, se incurre entonces en violación del principio de igualdad, lo cual conduce a la Corte a proferir, las más de las veces, una sentencia integradora para garantizar el principio en juego (Sarmiento Erazo, 2010c).

De los elementos inmediatamente citados es posible deducir un nivel argumentativo superior en una demanda de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa relativa que no solo permita desvirtuar la presunción de constitucionalidad del que gozan todas las leyes, sino que además obliga al accionante a demostrar que esta omisión ha generado un tratamiento heterogéneo entre situaciones fácticas análogas que pueda ser acusado de discriminatorio debido a que carece de una justificación objetiva y razonable. Esto, sin duda, se convierte en un elemento fundamental para justificar los fallos inhibidores de la Corte Constitucional. Empero, la Corte, como se verá más adelante, parecería atenuar, para algunos casos, y solo para ellos, la exigencia de un nivel

¹⁰ Ver, por ejemplo: Corte Constitucional, Sentencia C-246 de 2001, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-185 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Cita la Sentencia C-041 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver también Sentencia C-045 de 2006, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, y Sentencia C-1125 de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

argumentativo superior cuando se trata de los llamados “criterios sospechosos de discriminación”¹², relativos a la población desaventajada o discriminada, referida en el artículo 13 de la Constitución y en la jurisprudencia que lo ha desarrollado. No obstante, cuando se trata de parejas del mismo sexo, en el argumento jurídico se hace uso de una estricta evaluación de la demanda, produciendo con ello una sentencia inhibitoria, que parecería convertirse, finalmente, en una decisión judicial que contiene una decisión política estratégicamente oculta detrás de un elaborado y aparentemente constante criterio estricto de evaluación jurídica del texto de la demanda.

Con todo, la Corte ha ofrecido una importante luz sobre la manera en que puede sustentarse que el trato legislativo omisivo es discriminatorio. El Tribunal sostiene que la norma es valorada desde el ámbito de la finalidad y los efectos perseguidos con la medida puesta en cuestión, pues esta solo llegará a ser aceptada dentro del ordenamiento constitucional si existe una relación razonable de proporcionalidad entre medios empleados y finalidad perseguida¹³. Más recientemente se ha afirmado que las omisiones legislativas relativas contienen ausencias normativas puntuales que por razones constitucionales debieran estar incluidas en una regulación específica proferida, que la tornan en disposición inequitativa, inoperante o ineficiente¹⁴.

La Sentencia C-427 de 2000¹⁵ de la Corte Constitucional ha reconocido que en varias materias de regulación, entre la que sobresale la económica, el examen de constitucionalidad sobre estas normas es flexible para permitir al Estado cumplir la función de asegurar la prevalencia

¹² En este punto se hace referencia a la discriminación producida con ocasión o por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica que contiene el artículo mencionado. La Corte ha hecho también una ampliación de cada una de estas categorías, entre ellos, personas discapacitadas, que además de demandar acciones afirmativas del Estado, pueden ser sujetas a una especial protección contra la discriminación negativa. Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2010, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

¹³ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-1218 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; también: Sentencia C-540 de 1997, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

¹⁴ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Cita la Sentencia C-185 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Ver también Sentencia C-1116 de 2004, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵ M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

del interés general, siempre que ello no facilite una restricción desproporcionada de los derechos de los individuos, que además constituyen razones económicas, tributarias, de técnica procesal, de política criminal, objetivas y técnicas que hacen imposible la intervención del juez constitucional.

Sin embargo, es necesario insistir en ello, en todas las providencias que hemos citado que tratan la omisión legislativa relativa, la principal fuente de debate es el derecho a la igualdad. La exclusión arbitraria o favorecimiento injustificado a un grupo de sujetos afectados por la norma acusada como inconstitucional solo puede perder su presunción de constitucionalidad cuando se logre acreditar que la medida condujo a una discriminación o a una exclusión innecesaria constitucionalmente.

Con todo, pese a que este tipo de omisiones parecería más susceptible de activismo judicial, el mayor número de ellas encuentra decisiones inhibitorias por parte de la Corte, en consideración de la alta exigencia argumentativa y las omisiones que se consideraban, las más de las veces, inocuas o incluidas íntimamente en el ámbito de la libertad de configuración legislativa. En esta exigencia argumentativa, aunada a la dificultad para construir una demanda adecuada que logre desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la norma, hallamos un problema insuperable que ha conducido realmente a la constitucionalidad constante de varias normas que contienen una evidente omisión relativa¹⁶.

Debido a que corresponde al Tribunal Constitucional decidir la constitucionalidad de la omisión legislativa relativa, el autor Díaz Revorio (2001) ha expuesto dos escenarios en los que el Tribunal interviene, a saber:

- a) los remedios unilaterales, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, y

¹⁶ Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Cita la Sentencia C-543 de 1996. Ver también Sentencia C-155 de 2004, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-178 de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Cita la Sentencia C-447 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, y Sentencia C-1052, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

entre los que se incluirían las sentencias interpretativas, y dentro de ellas las «manipulativas» (y más en particular, las aditivas); b) los remedios bilaterales, que suponen la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador (aunque en algunos supuestos puede darse también la participación de los tribunales ordinarios). En este grupo estarían las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las «sentencias de apelación», las que declaran que la ley «todavía no es inconstitucional», el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador, y también las llamadas «sentencias aditivas de principio» o las «sentencias delegación» (p. 86).

Desde nuestra práctica, como se ha observado, la Corte Constitucional se ha ocupado en numerosas ocasiones del tema de las omisiones legislativas relativas referentes a la igualación de derechos de las parejas del mismo sexo. Esto, partiendo de la manera misma en que se ha institucionalizado el ordenamiento jurídico y se ha autolimitado la competencia del Tribunal para resolver otros tipos de omisiones. Efectivamente, la posición de la Corte sobre la materia ha restringido su competencia únicamente a estos tipos de omisiones legislativas, sin que ello signifique un mayor activismo; de hecho, la mayoría de providencias que citaremos en este estudio contienen decisiones inhibitorias en las que la Corte expone un marcado respeto por la libertad de configuración legislativa, sin desconocer, por supuesto, que las sentencias interpretativas son también sumamente respetuosas de la voluntad del legislador y permiten mantener el cuerpo normativo y las disposiciones acusadas (ver Escobar, 2003). Esto, sin dejar de lado lo expuesto con anterioridad, en la medida en que las sentencias inhibitorias, las más de las veces, parecerían contener una estrategia política oculta en el argumento jurídico que se deriva de la presunción de constitucionalidad, muy a pesar del criterio sospechoso que emerge de la omisión legislativa relativa para las parejas del mismo sexo.

Por lo que hemos mencionado inmediatamente, podemos concluir que la pertinencia de la omisión ha permitido construir una barrera evidente que impide a la Corte asumir competencia en este tipo de omisiones, pese a haber reconocido ella misma su competencia para

conocer de las demandas de inconstitucionalidad que recaiga sobre ellas.

II. ACTIVIDAD JUDICIAL Y LAS PROVIDENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE “CORRIGEN” LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE MINORÍAS SEXUALES

Como se acaba de mencionar, el profesor español Francisco Javier Díaz Revorio propone, desde la práctica europea, dos escenarios en los que la omisión legislativa puede llegar a solucionarse. El primero de estos, los “remedios unilaterales”, supone la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, entre los que se incluirían las sentencias interpretativas, y dentro de ellas, las «manipulativas», y más en particular, las aditivas; el segundo son los llamados “los remedios bilaterales”, que se construyen de la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador, por medio de “exhortaciones” o “apelaciones” al legislador (Escobar, 2003, p. 86).

Para este punto utilizaremos cada una de las categorías antes mencionadas con el objetivo de explicar sus inconvenientes y dar una mirada a los pasos que ha dado nuestra Corte Constitucional respecto a estos medios de complementación o censura de la actividad legislativa en materia de minorías sexuales. Veamos entonces las soluciones unilaterales y bilaterales que ha propuesto la Corte Constitucional, desde la luz de la práctica comparada española y colombiana. Con este fin presentaremos primeramente las sentencias que exhortan al legislador al desarrollo de la Constitución (1), luego expondremos aquellos fallos que declaran la constitucionalidad temporal de la disposición (2), para exponer posteriormente soluciones unilaterales a la omisión legislativa, tales como las sentencias integradoras (3) y las sentencias aditivas prestacionales (4) como escenario de mayor activismo judicial, para concluir con los fallos que contienen recomendaciones al legislador (5) como medida de atenuación a la actividad del juez constitucional y un mayor respeto a la configuración legislativa.

1. Sentencias que exhortan al legislador al desarrollo de la Constitución. *Fallos apelativos*

Francisco Javier Díaz Revorio ha distinguido varios supuestos de sentencias de “apelación”; las primeras, las que tienen como característica común el deseo de evitar la confusión en la política constitucional; las segundas, las que declaran que una situación jurídica es todavía aceptable constitucionalmente, pero añaden una apelación al legislador para que realice una nueva regulación de todo un ámbito jurídico, y tercero, las que consideran que una regla legislativa es todavía aceptable, pero afirman claramente que la Constitución exige su modificación, en la medida en que los cambios sociales o disparidades crecientes provocarán, poco a poco, una violación del principio de igualdad (ver Díaz Revorio, 2001, p. 88).

Estas soluciones del Tribunal Constitucional han sido cuestionadas debido a su evidente oposición a la libertad de configuración legislativa, pues la Corte no se limita a declarar la inconstitucionalidad de la ley, así sea declarada temporalmente constitucional, sino que le señala al legislador una materia constitucional que debe ser legislada en “plazos razonables”. El profesor citado resalta además otro problema que plantean estas apelaciones al legislador; este consiste en la obligatoriedad de las mismas y cuestiona: “¿en qué medida el legislador puede considerarse obligado por las indicaciones del Tribunal Constitucional? Cabe entender que dicha obligación o deber deriva de la propia Constitución, limitándose el Tribunal a interpretar esta señalando las obligaciones concretas que derivan de la Ley Fundamental. En todo caso, si dicha obligación no tiene un plazo concreto, su cumplimiento parece quedar, al menos en principio, en manos del legislador”, y en las ocasiones en las que el Tribunal señala un “plazo razonable” al legislador, permite plantear varios interrogantes: “¿de dónde deriva la necesidad de ese plazo razonable? ¿Quién puede apreciarlo?; y si es el Tribunal el que se reserva el derecho a preciar el cumplimiento del plazo, ¿qué fundamento existe para esa competencia del Tribunal?” (Díaz Revorio, 2001, p. 98).

Su legitimidad resulta altamente problemática, fundamentalmente desde la representación popular que supone el órgano judicial. Es-

te problema no encuentra siempre una respuesta adecuada; unos podrían afirmar que el Tribunal no impone su voluntad por encima del legislador, sino que antepone por encima de él mismo incluso la Constitución, argumento que sostenemos nosotros abiertamente. Sin embargo, en temas poco regulados por la Carta, la imposición de contenidos normativos precisos podría volverse bastante dudoso; todo dependerá de la calidad argumentativa que presente la Corte, evento en el cual, de la rica sustentación del fallo, la legitimidad puede llamarse a favorecer la exhortación que realice el Tribunal. Por otro lado, el problema de la legitimación de la Corte para exhortar al legislador para la expedición de una norma puede atenuarse si tenemos en cuenta que la Corte no se ha arrogado poder legislativo alguno, lo ha conservado en cabeza del Legislativo, al que corresponderá, en todo caso, emitir una nueva norma acorde con la Carta Fundamental.

En el tema que hemos presentado en este escrito se constata un inconveniente bastante agudo en lo que se refiere el reconocimiento igualitario de los derechos de las minorías sexuales causado por la omisión legislativa o, incluso, por la inconstitucionalidad de la norma. Efectivamente, la exhortación al legislador puede suponer dos cosas: primero, que el Legislativo debe agotar unos trámites legislativos que tomarán un tiempo relativamente moderado, contando con que la norma supere efectivamente el debate al interior del órgano legislador; segundo, la promulgación de la nueva norma no garantiza la regulación adecuada del derecho que resultó afectado por la norma u omisión que condujo a la exhortación.

En relación con las minorías sexuales, la categoría jurídica antes enunciada es utilizada con la Sentencia C-098 de 1996¹⁷, en la que la Corte Constitucional debatió la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, que regulaba y definía las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Esta ley fue demandada debido a que se interesó únicamente por definir las consecuencias patrimoniales de las uniones permanentes de parejas heterosexuales,

¹⁷ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

excluyendo así a todas las uniones homosexuales que hicieran comunidad de vida permanente y singular con sus parejas.

El pronunciamiento de la Corte en aquel momento respondió más a resaltar la capacidad transformadora de la Ley que a estudiar el contenido discriminatorio, esencialmente porque esta norma supuso un importante avance desde la Carta de 1991. De ese modo, la Corte expone que

(...) sería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexecutable de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos.

Como podemos apreciar, el legislador configuró un sistema legal legitimado desde el impacto social que supuso para la época, principalmente por el abandono del bastante precario reconocimiento presente en el Código Civil. Con esto no se puede aseverar que el contenido de la Ley 54 de 1990 es una buena norma, pues las críticas que se le hacen son persistentes (ver, por ejemplo, Monroy Cabra, 2001, p. 364 y ss.) Sin embargo, en la sentencia referenciada encontramos verdaderamente una especie de constitucionalidad temporal de la Ley, en el sentido que la disposición podía ser debatida con posterioridad, en palabras de la Corte, si así lo permitían los hechos derivados de su concreción.

Esta sentencia confirma exactamente nuestras objeciones respecto a este tipo de providencias, la cual refleja lo que la doctrina española ha señalado en el tema, con todos los inconvenientes que esto supone. Vemos también en esta providencia una importante preocupación del Tribunal Constitucional por legitimar su decisión, recurriendo justamente a la inversión del argumento mismo de legitimidad democrática, señalando entonces que la Carta obliga a todos los poderes constituidos y, por otro lado, que este tipo de providencias conservan la competencia legislativa en la rama del poder de representación popular.

Después de más de diez años de la situación señalada, la Corte Constitucional emitió la Sentencia C-075 de 2007¹⁸, en la que, mediante la modulación de su fallo, el Tribunal integra la Ley 54 de 1990 con la Ley 979 de 2005. En este fallo se recurre a la Sentencia C-098 de 2006 para señalar que la Corte “no cerró totalmente el debate constitucional, sino que dejó abierta la posibilidad de que en un futuro se formularan nuevas demandas contra la Ley 54 de 1990, y dado el caso, la Corte pudiera pronunciarse sobre las mismas”. Sobre sus efectos jurídicos y modulación volveremos más adelante.

Con todo, en la misma categoría antes mencionada encontramos las más recientes sentencias que definen el debate entre la inhibición y la constitucionalidad temporal de las normas accionadas. La Sentencia C-886 de 2010¹⁹ es el primer fallo que se pronuncia sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo y que en el fondo declara temporalmente constitucional la disposición. En esta oportunidad, la Corte se pronunció sobre la inconstitucionalidad de las normas relativas al matrimonio y los efectos patrimoniales del mismo, consagrado así en el Código Civil colombiano, mediante la inhibición, debido a que la demanda no cumplía, señala la Corte, con los requisitos de “certeza, suficiencia y pertinencia”, permitiendo que, con la inhibición, no se produjera la cosa juzgada constitucional, y dando con ello un período clave para postergar la decisión o dejar de producir una providencia de fondo sobre la materia.

La Corte esgrime entonces tres argumentos que le permiten sostener la norma, pese a la aparente inhibición. Primero, sostiene que la disposición acusada no implica ningún tipo de instrumentalización; segundo, que los demandantes suponen que el contenido del artículo 42 de la Carta Fundamental debería ampliarse a las parejas del mismo sexo, siendo pues constitucional la segregación, debido a que la misma Constitución establece la discriminación normativa; tercero, no se demuestran, opina la Corte, las razones por las cuales las parejas del

¹⁸ M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ M.P.: Mauricio González Cuervo.

mismo sexo estén “ante situaciones equiparables”. Finalmente, entre otras razones, la Corte Constitucional indica que el accionante no explica los motivos por los cuales la institución del matrimonio está ligada indefectiblemente al desarrollo de la dignidad de las parejas del mismo sexo.

En realidad, se puede constatar dos resultados claros de este fallo. Primero, no se trató de un fallo inhibitorio en estricto sentido, en la medida en que, como se observa, aportó importantes elementos a la decisión de constitucionalidad en debate; segundo, no se trató de una decisión que contara con un amplio consenso, debido a que la sentencia tuvo cuatro salvamentos de voto de los magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao, Jorge Iván Palacio y Luis Ernesto Vargas, porque, opinaron, “se les impone una carga desproporcionada de argumentación y demostración a quienes sufren marginamiento, exclusión y segregación social”.

La inhibición, para este caso, juega un papel estratégico y legitimador más allá de los planteamientos que efectivamente postuló la Corte. Es evidente que con la inhibición no cerró el debate ni produjo una decisión con efectos de cosa juzgada constitucional. Al contrario, permitió abrir el debate más adelante, dando elementos propios de la argumentación que se requirieron y permitió entre ver, en todo caso, que la opinión jurídica no era mayoritaria.

Es por ello que se profirió la Sentencia C-577 de 2011²⁰, respecto a la cual podríamos afirmar que en esta se produjo el segundo fallo relativo al matrimonio de parejas del mismo sexo, pero modulado, como se ha planteado en este título, bajo el amparo de la Libertad de Configuración legislativa. En esta oportunidad, la Corte señaló que

(...) del inciso primero del artículo 42 de la Carta Política no se puede deducir que el constituyente haya contemplado un solo modelo de familia originado exclusivamente en el vínculo matrimonial, pues la con-

²⁰ M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

vivencia puede crear también la unión marital de hecho, en cuyo caso los compañeros permanentes ya constituyen familia o crear formas de familia monoparentales, encabezadas solamente por el padre o por la madre o aún las ensambladas que se conforman cuando uno de los cónyuges o compañeros [sic] ha tenido una relación previa de la cual han nacido hijos que ahora entran a formar parte de la nueva unión, de manera que en su ciclo vital una misma persona puede experimentar el paso por diversas clases de familia.

En esta oportunidad, la demanda integró un cuerpo normativo mucho más amplio, ya no dirigido exclusivamente contra el Código Civil. En la demanda de inconstitucionalidad se incluyó, por supuesto, el artículo 113 del Código Civil, que regula el matrimonio, limitándolo al vínculo que se origina entre un hombre y una mujer, pero también se refirió a la Ley 294 de 1996, relativa a los medios de control a la violencia intrafamiliar, y a la Ley 1361 de 2009, referente a la “Protección Integral del a Familia”.

El contenido normativo resulta ser el mismo, ya que reconoce como familia los vínculos generados exclusivamente entre un hombre y una mujer. El fallo, en su parte resolutive, eleva la exhortación 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”.

Con todo, como ya lo señalamos, este tipo de plazos son efectivamente inocuos, pues jurídicamente la Corte no cuenta con un mecanismo adecuado que procure hacer valer la exhortación sentenciada. Su eficacia depende realmente del compromiso del legislador con el tema tratado por la norma y de los intereses en juego para este tipo de debates.

La capacidad transformadora de las sentencias citadas está por verse, pero se advierte un especial esfuerzo argumentativo para reducir la ampliación progresiva que se ha constatado han tenido las parejas del

mismo sexo desde 2007. Esto no obsta para hacer una fuerte crítica contra la Sentencia C-577 de 2011, en la medida en que para otros aspectos, como las uniones maritales de hecho, pensión de sobrevivientes y afiliación a seguridad social en salud, bastó emitir una sentencia integradora, como se explicará más adelante, para equiparar los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo.

Inclusive, la Corte Constitucional por medio del mencionado fallo C-577 de 2011 relativizó los efectos de la Sentencia C-075 de 2007, en tanto sostiene que “esa protección no había alcanzado a variar el concepto tradicional de familia constitucionalmente protegida”. La unión marital de hecho constituye, pues, un paso final, observado desde este punto de vista, para el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales pues su reconocimiento como familia. El debate continúa y deja de centrarse, como se expondrá a continuación, en los efectos patrimoniales de la unión marital, aceptando las consecuencias que una igualdad efectiva puede significar para el reconocimiento de derechos familiares más allá de lo inmediatamente señalado.

En efecto, una importante contribución se hace al variar la interpretación “tradicional” del artículo 42 de la Constitución. Para el Tribunal, la protección a la decisión de las parejas del mismo sexo de constituir un núcleo familiar “no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente.”

Esto supone que, en realidad, se legitima la acción judicial por medio de una relevante y poderosa herramienta, que, a fin de cuentas, hace inocuo el avance en los derechos a reconocer. Resulta difícil constatar que efectivamente se haya avanzado en la igualdad de derechos, cuando la exhortación, como se ha explicado, carece de medios que le brinden eficacia, más allá de lo simbólico que permite, a la vez, cerrar el debate constitucional.

2. Sentencias que declaran la constitucionalidad temporal de la disposición

El profesor Rodolfo Arango ofrece una interesante justificación a esta forma de condicionamiento de constitucionalidad de la norma.

Usualmente, la omisión legislativa relativa conduce a que el Tribunal Constitucional constate una acción parcial del Estado que puede ser inconstitucional porque la base normativa de las prestaciones ha sido concedida de forma incompleta, debiendo desaparecer por la declaración de inexecutable de la Ley. Luego, podría ser más adecuado o “razonable” fijar un plazo en el que la autoridad pública complete su comportamiento mediante normas positivas, que en caso de no hacerse, el Tribunal Constitucional extenderá la medida legislativa original al grupo excluido del beneficio que le traería la norma (Arango, 2005, p. 186).

La práctica alemana parecería haber construido el concepto de la mera incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) entre la ley y la Constitución. Este consiste en un tipo de fallos que no declaran la inexecutable de una ley incompatible con la Constitución (ver Díaz Revorio, 2001, p. 91)²¹, de modo que la norma conserva su validez, aun cuando es contraria a la Carta, porque aún no son verificables los supuestos de inconstitucionalidad, pero que, con el trascurso del tiempo, generará incompatibilidad con los mandatos superiores, así que el legislador debe dar algún remedio adecuado para no generar los daños futuros o porque la sentencia de inconstitucionalidad con efectos de nulidad inmediatos podría generar un perjuicio mayor.

Su práctica solo se justifica desde la omisión legislativa relativa, si tenemos en cuenta que este tipo de sentencias trata de dar respuesta a los supuestos en que la ley no incluye arbitrariamente a cierta categoría de sujetos en una situación de ventaja que la misma prevé (Díaz Revorio, 2001)²². Su justificación en este caso obedece no necesariamente a un respeto por la voluntad y la libertad de configuración legislativa, sino a que en estos supuestos la declaración de inconstitucionalidad de la ley

²¹ Díaz Revorio señala que la práctica alemana hace habitual este tipo de sentencias, partiendo de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, que “tras su reforma en 1970, permite (parág. 31.2) declarar una ley compatible con la Ley Fundamental, incompatible o nula. No se deduce como consecuencia ineludible que una ley incompatible con la Constitución haya de ser declarada nula, aunque ésta será la solución en vía de principio (v. arts. 78 y 95.3 BVerfGG)”.

²² Díaz Revorio cita a A. Cervati (1989). Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana. En *Quaderni costituzionali*, 2, 261.

podría crear una situación más incompatible con la Constitución que la existente con la aplicación de dicha ley (Díaz Revorio, 2005)²³.

Entonces, la práctica alemana ha extendido la vigencia de una norma más allá de su inconstitucionalidad, cuando la exclusión del ordenamiento jurídico supone una situación aun más contraria a la Constitución o cuando en el momento no parecería verificarse la inconstitucionalidad de la norma, pero es muy posible que en el futuro se produzca la violación a la disposición fundamental. Este es el caso en el que el Tribunal Constitucional alemán señaló que las circunscripciones electorales definidas por el legislador eran inconstitucionales a causa de los cambios en las cifras de población, hecho que hizo inconstitucional a la Ley, pero, consideró el Tribunal, la situación era todavía aceptable para la elección que acababa de realizarse, aunque, en todo caso, el legislador debería adoptar una nueva regulación para poner remedio a esta nueva situación²⁴.

Desde nuestra experiencia y objeto de estudio, la Ley 54 de 1990 constituye el primer espacio de debate en el que se reconocen los efectos patrimoniales a parejas que optan por una vida singular y permanente distinta del matrimonio, que regula las uniones maritales de hecho entre parejas heterosexuales²⁵. Sin embargo, su objeto era reducido en cuanto a los derechos de constituir una unión marital de hecho entre homosexuales.

²³ Díaz Revorio cita a W. Zeidler (1987). Cour Constitutionnelle Fédérale allemande, en La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'Etat (Villemain Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, Lisbonne, 1987). En *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III, 48.

²⁴ Díaz Revorio cita a Schlaich, K. (1984). El Tribunal Constitucional Federal alemán. Procedimientos y técnicas de protección de los derechos fundamentales. En L. Favoreu, *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales* (p. 198). Traducción de L. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

²⁵ El debate sobre el reconocimiento a los derechos de las parejas por fuera del matrimonio ha sido extenso e intenso en buena medida de las partes del derecho continental. El caso español es dicente respecto de las uniones maritales de hecho, debido a que solo a finales de los años noventa "existían menciones parciales a éstas en algunas normas estatales y solo dos Comunidades Autónomas, de las diecisiete existentes en España, contaban con una ley específica de parejas de hecho", pero que en la actualidad, [e]n todas las normas autonómicas se hace referencia a los requisitos que han de estar presentes en la relación de afectividad para que ésta pueda ser calificada como una "pareja de hecho" susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos. Todas estas normas regulan tanto las parejas heterosexuales como homosexuales". Ver Espada Malloquín (2007, p. 123).

Justamente, como se anticipó, en 1996 esta norma fue acusada de inconstitucional por no incluir a las parejas del mismo sexo en su campo de aplicación, acusación que fue resuelta por la Sentencia C-098 de 1996²⁶. Con este fallo, la Corte Constitucional declaró, en realidad, una constitucionalidad temporal de la norma, en el sentido de que la disposición podía ser debatida con posterioridad si así lo permitían “los hechos derivados de su concreción”. Efectivamente, eso se verificó once años después cuando la Corte Constitucional en la Sentencia C-075 de 2007²⁷ declaró inconstitucional la diferenciación entre parejas heterosexuales y homosexuales. En este fallo, la Corte sostiene “que los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado” y, por ende, cualquier disposición basada en la orientación sexual de una persona se “presume inconstitucional”²⁸. Con todo, la sentencia citada no es tan garantista como se desearía, pues incluso sostiene que “a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución”²⁹.

El resultado de dicha sentencia se extiende a que, para efectos de la declaratoria de unión marital de hecho, cualquier pareja del mismo sexo pueda “acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante Notario”. Los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Cabra Monroy y Nilson Pinilla Pinilla aclararon su voto, mientras que el magistrado Jaime Araújo Rentería salvó su voto y expuso que

(...) en esta sentencia se parte del supuesto de que el problema de discriminación contra los homosexuales es un problema meramente

²⁶ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁷ M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

²⁸ Sobre este punto, el profesor Daniel Bonilla Maldonado opina que “el fallo constituye un avance histórico, porque la Corte dio un giro importante en su jurisprudencia. Aunque la Corte había protegido sistemáticamente los derechos fundamentales de las personas homosexuales, hasta ahora se había negado a reconocerle derechos a los homosexuales que conforman una pareja”. Disponible en *Viva la Ciudadanía* [www.viva.org.co]. (Consultado el 14 de octubre de 2008). Ver también Bonilla Maldonado (2008).

²⁹ Como precedente de lo citado se acude a la Sentencia SU-623 de 2001 del mismo Tribunal.

económico, ni siquiera civil, pues el término “efectos civiles” es, a mi juicio, mucho más amplio que lo meramente patrimonial, pues incluye, por ejemplo, el matrimonio, la adopción, la sucesión, la custodia de los hijos, entre otros temas. Reducir los efectos civiles al campo patrimonial constituye, a mi juicio, una visión miope del problema y resuelve solo a medias la problemática de la discriminación contra el grupo poblacional de los homosexuales³⁰.

En el mismo sentido del magistrado Araújo Rentería, la autora Julieta Lemaitre (2009) expone el limitado cambio que generó la Sentencia C-075 de 2007, por cuanto

(...) los efectos patrimoniales después de todo importan sobre todo a las parejas, y a las parejas que tienen patrimonio, lo cual quizá no sea la mayoría de las personas homosexuales. Y puede no representar un cambio tan grande, como se podría creer, en las vidas de estas personas en la medida en que para acceder a estos beneficios –en especial los de salud y pensiones– se debe hacer pública en el lugar de trabajo la orientación sexual.

³⁰ Sobre el concepto de familia, el salvamento de voto expone lo siguiente: “El concepto de familia del artículo 42 debe armonizarse con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, y si se presenta choque o colisión entre ellos se debe dar una primacía a los principios fundamentales. De otra parte, la Constitución habla de la familia y no dice que es hombre o mujer, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable. A mi juicio, al concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer”.

Desde la experiencia occidental, la reconceptualización de familia y la apertura de los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido un espacio de debate bastante intenso, en especial para el caso español, y en concreto, de la legislación navarra y la vasca, las cuales han sido las únicas leyes “autonómicas objeto de un recurso de inconstitucionalidad por admitir la adopción por parejas del mismo sexo”. Asimismo, se observa que en la Unión Europea “solamente en Holanda y Noruega se reconoce el derecho a adoptar de las parejas de hecho del mismo sexo”, aunque la autora referenciada sostiene que los matrimonios entre personas del mismo sexo puedan adoptar en Holanda, Bélgica, Canadá y en España tras la Ley 13/2005, de 1º de julio. Ver Espada Mallorquín (2007, p. 121). Cita a García Rubio, Mª P. (2006). *La adopción por parejas homosexuales. Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II (pp. 1393-1412), Valencia; Nanclares Valle, J. (2001). *La adopción por parejas homosexuales en derecho navarro. Comentario crítico al artículo 8 de la Ley foral 6/2000, de 3 de julio*, II (pp. 2185-2227). Aranzadi Civil.

Ver también Martín Sánchez (2008) y Lee y Jefferson (2007). *Sexual orientation discrimination: an international perspective*. Nueva York: Routledge.

Como pudimos ver, la constitucionalidad temporal de la norma puede dar lugar al remedio de omisiones o situaciones de desigualdad en las que se excluye a un grupo de sujetos de derecho que deberían haber sido incluidos en la ley. Sin embargo, sus efectos parecen soportar una legitimidad superior de eventos inconstitucionales, quizá no solo en consideraciones a las consecuencias en el estado de cosas “temporalmente” constitucional, sino a resolver políticamente una situación de inconformidad, jurídicamente sustentable, con los intereses u opiniones que pudiesen considerarse prevalentes, jugándose el Tribunal Constitucional su capacidad mediadora y legitimadora del ordenamiento jurídico.

3. Sentencia integradora, la “revolución” de los derechos de las parejas del mismo sexo a partir de la Sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional colombiana

Este tipo de sentencias no modifican sustancialmente la norma ni la declaran inconstitucional; en efecto, la Corte la integra con otras normas, legales o constitucionales, para darle a la disposición acusada el alcance que resulta adecuado a la Constitución. En sí mismas no suponen un remedio a situaciones de conflicto con normas superiores, debido a que su interpretación obedece solo a la articulación de herramientas jurídicas previas.

La modulación a la que se hace referencia sigue un “principio de conservación de la ley”³¹ que también ha sido justificante para la Corte Constitucional en lo que se refiere a la legitimación de este tipo de integraciones. No obstante, desde la experiencia italiana, este principio parecería explicado exitosamente cuando sostiene que

(...) solo cuando la solución integradora no sea consecuencia de una valoración discrecional, sino que se deduzca inmediatamente del juicio

³¹ Ver Santos Vijande J. M. (1995). *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios* (p. 69). Granada: Comares. Citado por Escobar (2003, p. 29). Señala también en Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

de constitucionalidad, de forma que lo que hace la Corte es realizar una ampliación lógicamente necesaria y a menudo implícita en el potencial interpretativo del contexto legal en el que se encuentra la disposición impugnada. Sin embargo, cuando existan una pluralidad de soluciones, derivadas de distintas valoraciones, no es admisible la intervención de la Corte, ya que dicha elección corresponde exclusivamente al legislador³².

Desde nuestra práctica, encontramos una restricción adicional, no verificable en otros sistemas de control constitucional, debido a que la sentencia de la Corte es abstracta. Así, el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 cuando expone: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”, obliga al juez a realizar analogías o interpretaciones extensivas en el caso concreto, pero, en cambio, por la vía de control de constitucionalidad no es posible normativizar de manera general la extensión de la ley a situaciones de hecho no contempladas en los textos legales³³.

Con esto, el ejercicio de esta modulación encuentra dos importantes límites. Primero, la integración no puede obedecer a una valoración discrecional de la norma, de manera que la inclusión de elementos nuevos en la disposición controvertida constitucionalmente estaría por fuera de este tipo de fallo de la Corte. Esto parecería conducir al reconocimiento del error jurisdiccional, por cuanto el juez, en su oportunidad procesal, sería quien ha dejado de adjudicar el derecho de acuerdo con el ordenamiento jurídico; segundo, el control constitucional no puede versar sobre la aplicación de normas a casos concretos.

En efecto, el primer obstáculo que puede tener este tipo de sentencias respecto al tema que hemos desarrollado es el tipo de argumento que supone su ejercicio, es decir, dado que las normas que se integran

³² Corte Constitucional italiana. Sentencias 109/1986 y 125 /1988. Citado por Escobar (2003, p. 39). Ver también Di Manno (1997).

³³ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-146 de 1998, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

ya existían en el ordenamiento jurídico al momento de surgir la discriminación, resulta cuestionable la demostración del vicio de inconstitucionalidad, debido a que el legislador ha expedido las normas necesarias para la eficacia de los derechos en juego. De esta manera, el juez es quien ha vulnerado el derecho fundamental, pues si existían las normas necesarias para la adjudicación del derecho o la efectividad del mismo, este debió integrar dichas disposiciones en una adecuada articulación que permita ofrecer la solución más acorde con la Constitución y con el derecho en debate³⁴.

En la experiencia nacional, este medio de integración normativo ha sido utilizado frecuentemente. La igualación de derechos de las parejas del mismo sexo parece seguir la misma suerte y aportar razones evidentes para articular la oportunidad política con el ejercicio de una integración normativa que, como se ha señalado, esconde la decisión judicial en un ejercicio hermenéutico que articula todos los valores y contenidos normativos ya elevados por el legislador.

En esta categoría encaja la ya mencionada Sentencia C-075 de 2007³⁵, como se mencionó, quizá el paso más firme que ha dado la Corte para el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales, en la que mediante la modulación de su fallo integra la Ley 54 de 1990 con la Ley 979 de 2005. En este fallo se recurre a la citada Sentencia C-098 de 1996 para señalar que la Corte “no cerró totalmente el debate constitucional, sino que dejó abierta la posibilidad de que en un futuro se formularan nuevas demandas contra la Ley 54 de 1990, y dado el caso, la Corte pudiera pronunciarse sobre las mismas”.

La integración normativa se realizó considerando que la Ley 54 de 1990 y la Ley 979 de 2005 conforman un “sistema normativo de protección que debe ser analizado en su conjunto; la Corporación consideró necesario integrar la unidad normativa de la Ley 54 y su modificación, para emitir un pronunciamiento que tenga en cuenta todas las disposiciones que regulan este régimen patrimonial”.

³⁴ Ver Ahumada Ruiz (2001). Cita Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2000, FD 9°. Ver también Sarmiento Erazo (2010c).

³⁵ M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Como se señaló, la capacidad de integrar el ordenamiento jurídico permite al juez constitucional reconocer que el mismo legislador, mediante la Ley 979 de 2005, dio solución parcial al problema endilgado. En realidad, la situación de discriminación no resultó de una norma que tuviera la virtualidad de subordinar a un grupo minoritario. Su alcance se extendió precisamente en poner fin a situaciones desventajosas de parejas disminuidas por situaciones de informalidad en su vínculo marital. No lograba en su momento, como lo señaló la Corte, poner fin a la realidad de parejas homosexuales.

Empero, esta sentencia integradora sería el punto de partida de un importante avance jurisprudencial que tiende a la corrección de las omisiones legislativas más pronunciadas. La discriminación, como se mencionó, es el referente hito para que la jurisprudencia profundizara su intervención en medio de una importante transformación bajo la extensión de las acciones afirmativas del Estado y la ampliación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como veremos a continuación.

4. Sentencias aditivas prestacionales. La *discriminación contra las parejas del mismo sexo como factor determinante del activismo judicial de la Corte*

Esta categoría de fallos constitucionales es explicada por el profesor español Hernández Valle, quien explica a las sentencias aditivas prestacionales como aquellas que

(...) otorgan, a favor de determinadas categorías de sujetos (servidores públicos, pensionistas, etc.), un derecho de contenido patrimonial (distribución, indemnización, pensión, etc.) o la prestación de servicios cuyo disfrute resultaba anteriormente, a juicio de la Corte, ilegítimamente excluido y limitación o en este caso, se produce una obligación (superior a la anterior o totalmente nueva) de prestación, es decir, una situación de dar o de hacer (Hernández Valle, 1994, p.238)³⁶.

³⁶ Cita a L. Elia, *Le sentenze aditive e la piú recente giurisprudenza de la Corte Costituzionale* (p. 314).

En este caso, la Corte abrió progresivamente el espectro de derechos de las parejas del mismo sexo, decidiendo sobre la restricción al derecho de afiliación al sistema de seguridad en salud, sea como beneficiarios o cotizantes. En la Sentencia C-811 de 2007³⁷ se entiende que en la medida en que la Ley 100 de 1993 limita la afiliación a la pareja heterosexual, se está segregando a las parejas homosexuales. En esta oportunidad, el salvamento de voto fue pronunciado también por el magistrado Jaime Araújo Rentería, quien reclama “que a la luz de la Constitución Política, las parejas homosexuales tienen plenitud de derechos que deben ser restablecidos por el Tribunal Constitucional, tales como la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar hijos”.

Finalmente, en la Sentencia C-811 de 2007 se sostiene la necesidad de presentar “simplemente, la declaración ante Notario de la existencia de la unión familiar”, con objeto de hacer efectiva la afiliación. Como observamos en la segunda parte de este escrito, desde la concepción de la Corte, la declaración ante notario es “simple”, y como cualquier individuo, necesita que dicha declaración se haga efectiva ante notario.

La Sentencia C-336 de 2008³⁸ se refiere a la pensión de sobrevivientes, que se había sido consagrada en la Ley 100 de 1993. El antecedente de este fallo es la Decisión del 14 de mayo de 2007, en la cual el Comité Internacional de Derechos Humanos advirtió que negarle derecho a la sustitución pensional a una persona, debido a que su pareja era del mismo sexo, es discriminatorio y, por lo tanto, ordenó al Estado colombiano a indemnizar a un hombre a quien se le negó este derecho luego de formar vida singular y permanente durante siete años, en seguida incluso de 22 años de relación sentimental. Los motivos de esta decisión se fundamentan en el deber de todo Estado de no discriminar a ninguna persona por motivo de su orientación sexual³⁹. El antecedente del Comité fue quizá determinante para la decisión de la Corte, que falló en el mismo sentido y con base en los mismos argumentos.

³⁷ M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁸ M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁹ Ver Comité Internacional de Derechos Humanos, Comunicado 1361 14/07. El Comité cita el Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000, sobre los mismos supuestos discriminatorios.

Vale la pena resaltar como aspecto positivo para los derechos de las minorías sexuales que esta sentencia de la Corte Constitucional, al contrario de las anteriores, contó con la participación de individuos que dieron testimonio de las discriminaciones que sufrían como parejas del mismo sexo sin derecho a la pensión de sobrevivientes. Este es el caso de la señora Amparo Bahamón Díaz, quien expuso que luego de 27 años de convivencia con su pareja del mismo sexo, a la fecha de la sentencia sufría cáncer de seno, y que al momento de su muerte aspiraba a proteger a su pareja. Además, la Corte recibió declaraciones de varias instituciones en defensa de los derechos de parejas del mismo sexo⁴⁰. Esta participación es un ejemplo del “derecho (...) de la movilización cuando un deseo o necesidad es trasladada en una demanda como una declaración de derechos”⁴¹, lo cual demuestra la intensificación de la voz de quien es “invisible ante el ordenamiento jurídico” y una “organización y activismo legal, y que incluso fortalecieron la identidad y el respeto por sí mismos en la comunidad gay” (Lemaitre, 2009).

La Sentencia C-029 de 2009⁴² es todavía más amplia en contenido, alcance y ampliación de derechos de las parejas del mismo sexo. En esta, la Corte hace un extenso análisis de las normas accionadas relativas a los Delitos de malversación y dilapidación de bienes familiares, afectación a vivienda familiar, Patrimonio de familia no embargable, Subsidio familiar en vivienda y Administración de bienes de víctimas de desaparición forzada. Para todos los casos, la discriminación contra las parejas homosexuales se hace evidente y resultó suficiente para la Corte condicionar la constitucionalidad de las normas accionadas, “en

⁴⁰ Dentro de los participantes podemos destacar la intervención del grupo de Interés Público de la Universidad de los Andes, de las ONG Sisma Colombia, Mesa por La Vida y la Salud de las Mujeres, Corporación Colectivo de Abogados, y Mauricio Albarracín Caballero, como activistas del movimiento LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas), que representan dentro de este cambio jurisprudencial una mayor participación como litigantes y como coadyuvantes. Sobre la estrategia y creación de identidad a partir de litigio, ver McCann (2007). (Traducción del autor).

⁴¹ *Ibíd.* Un acercamiento muy interesante desde la experiencia nacional lo constituye el aporte de Correa Montoya (2008, p. 249), autor que sostiene: “[e]l desarrollo de litigio de alto impacto se constituye en una excepcional forma de participación ciudadana, de acción colectiva y de cohesión social, que en la medida que se desarrolle en contextos universitarios o de la sociedad civil deviene en un proceso formativo y de ejercicio profesional ampliamente beneficioso”.

⁴² M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

el entendido de que también comprende, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo”.

Empero, el fallo fue bastante cuidadoso de incluir el término “familia”, “familiar” o “familiares” en el marco de las normas accionadas. Para estos casos, la Corte hizo un análisis exclusivamente en el marco de “compañero y compañera permanente” para articular lo establecido en la Sentencia C-075 de 2007 a todos los supuestos en que la unión marital de hecho puede y debe producir efectos en igualdad de condiciones.

La Sentencia C-283 de 2011⁴³, relativa a los Derechos sucesorales de las uniones maritales de hecho de parejas del mismo sexo, parece seguir la misma línea argumentativa. Para la Corte, si el Congreso

(...) hubiese regulado todos los efectos civiles derivados de las uniones de hecho y los derechos para las parejas del mismo sexo, teniendo como fundamento el principio democrático y teniendo cuidado de no crear discriminaciones odiosas basadas en la naturaleza del vínculo legal, complementando en algunos casos o modificando en otros las distintas disposiciones del ordenamiento civil. Sin embargo, esa ausencia de regulación ha generado tratamientos discriminatorios entre los cónyuges y los compañeros permanentes, así como entre las parejas del mismo sexo que la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía y prevalencia de la Constitución no puede dejar de estudiar y declarar, máxime cuando la legislación que se acusa es anterior a la Constitución de 1991.

Su protección se refirió, finalmente, a la adición de destinatarios de las normas de sucesión y estableció el condicionamiento “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”.

Con todo, esta sentencia utiliza también la exhortación al legislativo, previendo la deficiencia que en múltiples normas se constata existe

⁴³ M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

sobre el particular. La convocatoria al Congreso lo precisa a legislar “de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo”, sin más herramientas que la simple convocatoria, antes explicada.

En definitiva, de la lectura simple de los postulados de estas sentencias podemos llegar a la misma conclusión a la que llegó la Corte: la discriminación es evidente y no tiene justificación alguna. La respuesta de la Corte en este caso fue doble: por un lado, integró las normas que permitían la subsistencia de la disposición y, por otro, declaró exequible condicionada. Las exhortaciones parecerían innecesarias, al igual que inocuas, si tenemos en cuenta el elevado nivel normativo de las sentencias citadas. El recorrido que ha realizado la Corte Constitucional en la “adición” de parejas del mismo sexo como beneficiarios de las normas accionadas permite evidenciar su capacidad normativa más intensa, pero, a su vez, cuando se contrasta con materias como la adopción y el matrimonio, conduce a concluir y extraer la oportunidad política que subyace a una decisión judicial que podría haberse elevado, a pesar de los precedentes que sobre la materia había sentado el mismo Tribunal.

5. Sentencias que contienen recomendaciones al Legislador.

Aproximación a las sentencias “apelativas”

Este tipo de providencias pretenden que la Corte Constitucional emita algunas recomendaciones al legislador, por cuanto la norma demandada no es inconstitucional en sí misma pero requiere ser perfeccionada para considerarse una adecuada expresión del poder legislativo. Desde la experiencia portuguesa, la cual crea un control abstracto de inconstitucionalidad por omisión, Rubén Hernández Valle las explica como supuestos en los cuales al Tribunal Constitucional de ese país le corresponde únicamente verificar si se ha producido un incumplimiento inconstitucional como consecuencia directa de no haberse adoptado las medidas legislativas necesarias para actuar efectivamente la Constitución. La sentencia estimatoria, en esta práctica, es meramente declarativa y se dirige a probar la inconstitucionalidad por omisión y a informarlo al legislativo para que este tome las medidas normativas requeridas (Hernández Valle, 1994, p. 2040).

Esta práctica se considera bastante respetuosa de la libertad de configuración legislativa, por cuanto señala únicamente en qué sentido la omisión es inconstitucional, y por tal motivo, le remiten esa comprobación al legislador; sin embargo, su eficacia parece ser más dudosa aun que aquellos fallos que contienen exhortaciones.

Otras experiencias, como la española, la italiana y la alemana, se acercan a una práctica de activismo judicial más intensa por cuanto manifiestan la inconformidad de la omisión con la Carta y, por tanto, dirigen recomendaciones al legislador de cómo debe legislar una determinada materia o de cuándo debe hacerlo de manera que se repare una inconstitucionalidad por omisión legislativa (Hernández Valle, 1994). Como podemos apreciar de la doctrina citada, la diferencia entre la exhortación hecha al legislador por parte del Tribunal Constitucional y sus recomendaciones parecen difíciles de diferenciar. Su punto más débil es la innecesaria limitación a la libertad de configuración legislativa, pues del contenido de la sentencia de constitucionalidad se puede verificar alguna recomendación o limitación al desarrollo normativo posterior.

Desde nuestra práctica, la utilización de esta tipología de fallos es escasa en lo que respecta a omisiones legislativas⁴⁴, y de ellas no podemos extraer un caso que interese para nuestro objeto de estudio. Con todo, la pregunta que seduce sobre este tipo de providencias puede girar en torno a la cuestión que hemos intentado desarrollar con este texto, y poder considerar entonces, de algún modo, la elusión y tránsito entre una estrategia interpretativa activa y otra conservadora, que dados los fallos estudiados, parecería empezar a predominar en la Corte.

CONCLUSIÓN

En el transcurso de este artículo hemos sido testigos de la aparición de un debate poco estudiado por la doctrina nacional. Sin embargo, los órganos judiciales de nuestro país y de experiencias extranjeras han

⁴⁴ Ver, por ejemplo: Corte Constitucional y Sentencia C-247 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-285 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

mostrado un particular activismo del Tribunal Constitucional en el tema de la omisión legislativa, mas no así en igualación de los derechos de las minorías sexuales. Con esto no queremos significar que la omisión legislativa conduzca necesariamente al mencionado activismo; por el contrario, el Tribunal Constitucional puede construir una tesis sobre el grado de su intervención, de acuerdo con la tipología de omisión de que se trate, como ciertamente ha ocurrido en nuestra práctica constitucional.

En este artículo hemos constatado nuevamente el valioso papel que desempeña nuestro Tribunal Constitucional como juez para la corrección deliberativa de los vacíos normativos y la potencialidad del alcance de sus fallos, cuando además de subsanar en algunas ocasiones la omisión legislativa, en otras recurre al Congreso para que este sea el que desarrolle a cabalidad el contenido de la ley. No obstante, reiteramos lo dicho sobre la oportunidad política que está en juego y la elusiva y quizá persistente discriminación referente al matrimonio y adopción de las parejas del mismo sexo.

Independientemente de la posición que adopte quien se aproxime al objeto de estudio, es evidente que la modulación de las sentencias, en especial para las parejas del mismo sexo, revela una extraordinaria capacidad del derecho y la actividad judicial para adaptarse al contexto y a las corrientes políticas dominantes. Si bien diversos estudios críticos se han referido a dicha capacidad⁴⁵, la articulación con objeto de estudio ahora abarcado logra sugerir algunos puntos de disenso constante, en los que la Corte ha desplegado un poder normativo relativizado ante los temas de mayor dificultad interpretativa y política: el matrimonio y la adopción antes señalados.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Gordon, Robert W. (1984). *Critical Legal Histories*, HeinOnline, 36 Stan. L. Rev. 57.

Helmke, G.(2004). *Courts under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*. Cambridge University Press; Hilbink, L. (2007). *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, Cambridge; Kaluszynski, M. (2007). *La fonction politique de la justice: regards historiques*. Disponible en "La fonction politique de la justice", sous la direction de J. Commaille et M. Kaluszynski (Eds.). París: La Découverte y Commaille, J. (2000) *De la Sociologie juridique à une sociologie politique du droit*. disponible en *La juridicisation du politique, leçon scientifiques*". París: Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, entre otros.

REFERENCIAS

- Ahumada Ruiz, M^a. A. (2001). Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n° 62.
- Angulo, C. & Luque, J. M. (2008). Panorama internacional de los derechos humanos de la mujer: una mirada desde Colombia. *Revista de Derecho*, 29. Barranquilla (Col.): Universidad del Norte.
- Alarcón Palacio, Y. (2006). Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la reforma de 1981. *Revista de Derecho*, 25. Barranquilla (Col.): Universidad del Norte.
- Alarcón Palacio, Y. (2003). El régimen matrimonial de comunidad legal en el derecho francés. *Revista de Derecho*, 20. Barranquilla (Col.): Universidad del Norte.
- Arango, R. (2005). *El Concepto de los Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Ballén Pineda, O. D. (2009). *Proceso de aceptación de la orientación sexual homosexual y bisexual: historias de vida*. Tesis para optar al título de Psicólogo, Universidad de los Andes, Bogotá (Col.).
- Bonilla Maldonado, D. (2008). *Parejas del Mismo Sexo, El camino hacia la igualdad*. Universidad de los Andes y Colombia Diversa.
- Correa Montoya, L. (2008). Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas de ejercer el Derecho. *Revista de Derecho*, 30. Barranquilla (Col.): Universidad del Norte.
- Díaz Revorio, F. J. (2001). El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas Relativas en el Derecho Comparado Europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n° 61.
- Di Manno, T. (1997). *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*. París: Presses Universitaires d'aix-marseille.
- Escobar, L. M. (2003). *El poder normativo de la Corte Constitucional colombiana*. monografía sin publicar. Tesis presentada para optar al título de magíster en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Escobar, L. M. (2006). La Actividad Constitucional del Consejo de Estado. *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá (Col.).
- Espada Mallorquín, S. (2007). El reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho en derecho español: evolución legislativa y jurisprudencial. *Revista de Derecho*, 28. Barranquilla (Col.): Universidad del Norte.
- García Villegas, M. (1993). *La Eficacia Simbólica del Derecho, examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ed. Uniandes.
- Hernández Valle, R. (1994). La Tipología de las Sentencias Constitucionales con Efectos Fiscales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, n° 41.

- Jaramillo Gómez, F. (2008). *Movilizaciones jurídicas y políticas de la comunidad homosexual*. Tesis para optar al título de abogado, Universidad de los Andes, Bogotá (Col.).
- Lee, B. & Jefferson, F. (2007). *Sexual orientation discrimination: an international perspective*. Nueva York: Routledge.
- Lemaitre, J. (2009). *El Derecho como Conjuro*. Bogotá: Siglo del Hombre y Uniandes.
- Lochak, D. (2007). Le Conseil D' État En Politique. *Revue Pouvoirs, Pouvoirs*, 123 - Le Conseil d'État.
- Lochak, D. (1972). *Le Rôle Politique du Juge Administratif Français*. Université de Paris, LGDJ.
- Martín Sánchez, M^a. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- McCann, M. W. (2007). Rights at work. *In Studies in Law, Politics & Society*.
- Monroy Cabra, M. G. (2001). *Derecho de Familia y de Menores* (7^a ed.). Bogotá: Librería El Profesional.
- Olano García, H. A. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Universitas*, 108, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Col.).
- Quintero Navas, G. (2009). *La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia: entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica*. Manual de Derecho Administrativo (s.p.). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Quintero Navas, G. (2003). La tutela y la revocación de los actos administrativos. *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, t. IV, 29.
- Quintero Navas, G. (2002). Reflexiones acerca de la responsabilidad patrimonial de las personas públicas en el derecho colombiano y francés: ¿Influencia o inspiración de un modelo jurídico? *Temas de Derecho Administrativo*, vol. II. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Caracas (Venezuela).
- Sánchez Sánchez, A. (2005). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2008). La Vulneración a la Confianza Legítima ¿Una Situación Jurídica Generadora de Responsabilidad del Estado Legislador? *Revista Universitas*, 116, Homenaje al inicio de labores del Doctorado en Ciencias Jurídicas.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2009a). Las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, una lucha inconclusa contra la discriminación. *Revista de Derecho*, 32. Barranquilla (Col.): Universidad del Norte.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2009b). La Restricción al Derecho de Indemnización, entre la Legitimidad legislativa y el control judicial a la Administración, *Revista Prolegómenos Derecho y Valores*, XII (23). Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2010c). *La responsabilidad patrimonial del Estado por Omisión Legislativa, entre el juez administrativo y el juez constitucional*. Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, Depalma y Pontificia Universidad Javeriana.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2010d). El surgimiento de la dualidad de jurisdicciones en Colombia, entre la centralización, la inmunidad administrativa y el

control del poder. Disponible en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, Filosofía e historia del Derecho*.

Sarmiento Erazo, J. P. (2010e). Sentencias de la Corte Constitucional con efectos reparativos, entre el Juez Administrativo y el Juez Constitucional. Revista *Universitas*, 121, 161-192.