

D-13002.
OK



HONORABLES
MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL
CIUDAD.
E. S. D.

REF: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DEL
ARTÍCULO 2 (PARCIAL) Y ARTICULO 4A (PARCIAL) DE LA LEY
1361 DE 2009 POR MEDIO DE LA CUAL SE CREA LA LEY DE
PROTECCIÓN INTEGRAL A LA FAMILIA.

Honorables Magistrados,

SONIA ELIZABETH REYES QUINTERO Y JUAN SEBASTIAN BAUTISTA ARCINIEGAS,
identificados como aparece al pie de nuestras firmas y vecinos de Bucaramanga, actuando
con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto
2067 de 1991, presentamos ante la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD, en contra del artículo 2 (parcial) y artículo 4a
(parcial) de la ley 1361 de 2009 por medio de la cual se crea la ley de protección integral a
la familia.

La presente acción, responderá a los siguientes contenidos:

SECCIÓN PRIMERA – PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

- I. Norma Demandada.
- II. Petición.
- III. Normas Constitucionales Violadas.
- IV. Fundamento de la demanda.

SECCIÓN SEGUNDA – CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

- I. Violación directa del art 93 de la constitución política, prevalencia de los tratados internacionales, al excluir a las parejas del mismo sexo del concepto de familia en el artículo 2do de la ley 1361 del 2009.
- II. Violación directa del artículo 13 y 43 de la constitución política por omisión legislativa relativa al excluir al hombre como víctima de la violencia intrafamiliar en el artículo 4ª de la ley 1361 del 2009

SECCIÓN TERCERA – CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

- I. Prevalencia de los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre el ordenamiento jurídico interno.
- II. La Omisión Legislativa Relativa en que incurre el legislador en el artículo 4ª de la ley 1361 del 2009.
- III. Aplicación de los requisitos señalados jurisprudencialmente al caso concreto.
 - a. Normas sobre las que recae la omisión legislativa relativa.
 - b. Exclusión de casos asimilables que deberían estar contemplados en la normatividad demandada, u omisión de un ingrediente o condición que de acuerdo con la Constitución resulta esencial para armonizar el texto legal con las disposiciones de la Carta.
 - c. La exclusión de casos asimilables u omisión de las condiciones o ingredientes carece de un principio de razón suficiente.
 - d. La exclusión genera desigualdad negativa.
 - e. Incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

SECCIÓN CUARTA – ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA.

- I. Competencia.
- II. Cosa Juzgada Constitucional.

SECCIÓN QUINTA – DISPOSICIONES FINALES.

- I. Trámite.
- II. Principio Pro Actione.
- III. Notificaciones.

SECCIÓN PRIMERA – PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

I. Norma Demandada.

Se demandan los apartes subrayados del artículo 2 (parcial) y 4ª (parcial) de la ley 1361 del 2009 “por medio de la cual se crea la ley de protección integral de la familia”.

LEY 1361 DE 2009

(diciembre 3)

Diario Oficial No. 47.552 de 3 de diciembre de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

Familia. Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Asistencia social. Acciones dirigidas a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impiden a la familia su desarrollo integral, así como su protección cuando se atente contra su estabilidad hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

Integración social. Conjunto de acciones que realiza el Estado a través de sus organismos, los Entes Territoriales y la sociedad civil organizada a fin de orientar, promover y fortalecer las familias, así como dirigir atenciones especiales a aquellas en condiciones de vulnerabilidad.

Atención integral. Satisfacción de las necesidades físicas, materiales, biológicas, emocionales, sociales, laborales, culturales, recreativas, productivas y espirituales de las familias, permitiéndoles su desarrollo armónico.

Política familiar. Lineamientos dirigidos a todas las familias a fin de propiciar ambientes favorables que permitan su fortalecimiento.

ARTÍCULO 4A. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1857 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Las acciones estatales dirigidas a proteger a personas en situación de vulnerabilidad o de violación de sus derechos deberán incluir atención familiar y actividades dirigidas a vincular a los miembros de la familia a rutas de atención para acceder a programas de subsidios, de salud, recreación, deporte y emprendimiento que mejoren su calidad de vida donde se les brinde recursos que les permita prevenir o superar condiciones de violencia o maltrato, inseguridad económica, desescolarización, explotación sexual o

laboral y abandono o negligencia, uso de sustancias psicoactivas y cuidado de personas dependientes en la atención de alguno de sus miembros.

Las entidades encargadas de la protección de las familias y sus miembros deberán conformar equipos transdisciplinarios de acompañamiento familiar y diseñarán y pondrán en ejecución, en cada caso, un plan de intervención en el que se planeen las acciones a adelantar y los resultados esperados.

PARÁGRAFO De las actividades desarrolladas se dejará constancia en un documento reservado denominado historia familiar, en el cual se registrarán cronológicamente las razones de la intervención y las acciones ejecutadas.

Dicho documento es de reserva y únicamente puede ser conocido por terceros en los casos previstos por la ley.

En los casos de violencia ejercida contra la mujer como violencia intrafamiliar, violencia sexual o cualquier otro tipo que afecten su seguridad o la de sus hijos y/o hijas, la mujer no estará obligada a participar en planes de intervención familiar estipulados en el presente artículo.

II. Petición.

Se solicita a la Honorable Corte Constitucional declare la exequibilidad condicionada del artículo 2do de la ley 1361 del 2009 en el entendido que las parejas del mismo sexo pueden conformar una familia ya sea por vínculos naturales o jurídicos.

Se solicita a la Honorable Corte Constitucional declare la exequibilidad condicionada del artículo 4ª de la ley 1361 del 2009 en el entendido de que sus preceptos también cobijan a los hombres que hubieran sido víctimas de violencia intrafamiliar.

III. Normas Constitucionales Violadas.

a. Constitución Política

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

b. Declaración universal de los derechos humanos

Artículo 1.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

c. Convención americana sobre derechos humanos (pacto de san José)

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

IV. Fundamento de la demanda

La ley 1361 del 2009 en su artículo 2do define a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

En oportunidades anteriores, ciudadanos preocupados por la interpretación que se le ha dado ha dicho artículo, demandaron la inconstitucionalidad de este, alegando la omisión legislativa relativa, en cuanto excluyen a las parejas del mismo sexo del concepto de familia; en sentencia C 577/2011, la corte constitucional se declara inhibida para pronunciarse con respecto al artículo 2do de la ley 1361 del 2009, por cuanto es una transcripción idéntica de un precepto constitucional.

En esta oportunidad, plantearemos otro enfoque en cuanto al concepto de violación, partiendo del postulado constitucional del artículo 93 superior, que determina que los tratados internacionales que versen sobre derechos fundamentales prevalecen sobre el orden interno.

De todas formas es importante aclarar que nuestra intención con esta demanda de inconstitucionalidad no es la declaración de inexecutable de la norma acusada por parte de la honorable corte constitucional, ya que se estaría derogando un precepto constitucional para lo cual la corte no es competente, sino por el contrario que se declare la executable condicionada, en cuanto el concepto de familia incluya a las parejas del mismo sexo.

En ese sentido expondremos los motivos por los cuales consideramos, que la norma acusada transgrede la constitución más específicamente el artículo 93.

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos. Todos nosotros tenemos derecho a disfrutar por igual de nuestros derechos humanos sin discriminación, sea cual fuere nuestra nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color de piel, religión, idioma o cualquier otra condición, como edad, discapacidad, estado de salud, orientación sexual o identidad de género. Esos derechos, ya sean civiles y políticos (como el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley y a la libertad de expresión); económicos, sociales y culturales (como el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la educación); o colectivos (como el derecho al desarrollo y a la libre determinación), son indivisibles, universales, interrelacionados e interdependientes. Los derechos humanos fueron elaborados y formulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) como respuesta a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial. Los derechos humanos universales suelen expresarse y garantizarse por ley, en la forma de tratados, el derecho internacional consuetudinario, principios generales y otras fuentes de derecho internacional. En las normas internacionales de derechos humanos se plasma la obligación de los gobiernos de actuar de cierta manera, o de abstenerse de realizar determinadas acciones, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas o de los grupos. Al hacerse partes en los tratados internacionales los Estados contraen la obligación y el deber en virtud del derecho internacional de respetar, proteger y hacer efectivo el goce de los derechos humanos. La obligación de respetar significa que los Estados deben abstenerse de interferir con el disfrute de los derechos humanos o de coartarlo. La obligación de proteger exige que los Estados protejan a las personas y los grupos contra los abusos de los derechos humanos. La obligación de hacer efectivo el goce significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el goce de los derechos humanos básicos.

En las normas internacionales de derechos humanos se recogen obligaciones que deben cumplir los Estados. Mediante la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y legislación internas compatibles con las obligaciones y deberes que han contraído en virtud de esos tratados. En los casos en que las acciones judiciales de un país no aborden los abusos de los derechos humanos, se dispone de mecanismos y procedimientos para presentar quejas, denuncias o comunicaciones individuales a nivel regional e internacional a fin de ayudar a asegurar que las normas internacionales de derechos humanos se respeten, se apliquen y se hagan cumplir efectivamente a nivel local. En el plano internacional esos mecanismos incluyen los órganos creados en virtud de tratados, establecidos por los Estados y encargados de vigilar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en los tratados, y

además los relatores especiales y otros expertos independientes nombrados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargados de investigar problemas urgentes en materia de derechos humanos y de presentar informes al respecto.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación son principios básicos de los derechos humanos, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos. Lo afirmado en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no deja lugar a dudas: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". La garantía de igualdad y no discriminación que ofrecen las normas internacionales de derechos humanos se aplica a todas las personas, independientemente de su orientación sexual y su identidad de género u "otra condición". En ninguno de nuestros tratados de derechos humanos existe letra pequeña o cláusula de exención oculta alguna que pudiera permitir que un Estado garantizara derechos plenos a algunos pero se los denegara a otros exclusivamente por razón de su orientación sexual o su identidad de género. Además, los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos han confirmado que, conforme a las normas internacionales de derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género figuran entre los motivos de discriminación que se prohíben. Eso significa que es ilegal hacer cualquier distinción en materia de derechos de las personas por el hecho de que sean lesbianas, gay, bisexual o transgénero (LGBT), como lo es también por motivo del color de la piel, la raza, el sexo, la religión o cualquier otra condición. Esa posición ha sido confirmada reiteradamente en las decisiones y orientaciones generales emitidas por distintos órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados, como el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

La Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha documentado una amplia gama de violaciones de los derechos humanos cometidas contra las personas por motivos de su orientación sexual y su identidad de género. Algunas son como sigue:

» Agresiones violentas, que abarcan desde el abuso verbal agresivo y la intimidación psicológica hasta la violencia física, las golpizas, la tortura, el secuestro y los asesinatos selectivos;

» Leyes penales discriminatorias, esgrimidas a menudo para hostigar y castigar a las personas LGBT, en particular las leyes que tipifican como delito las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, que violan el derecho a la privacidad y a la no discriminación;

» Restricciones discriminatorias a la libertad de expresión y restricciones conexas al ejercicio de los derechos de libertad de expresión, asociación y reunión, en particular leyes que prohíben la difusión de información sobre la homosexualidad so pretexto de restringir la propagación de "propaganda" LGBT;

» Trato discriminatorio, que puede ocurrir en una variedad de entornos cotidianos, incluidos lugares de trabajo, escuelas, hogares de familia y hospitales. Sin leyes nacionales que prohíban la discriminación por terceras partes por motivos de orientación sexual e identidad de género, ese trato discriminatorio sigue rampante, lo que deja a los afectados con escasas posibilidades de obtener reparación. En ese contexto, la ausencia de reconocimiento jurídico de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo o de la identidad de género de una persona también puede tener un efecto discriminatorio en muchas personas LGBT.

En varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas se ha pedido a los Estados que garanticen la protección del derecho a la vida de todas las personas que estén bajo su jurisdicción y que investiguen rápida y concienzudamente todas las muertes, incluidas las que sean motivadas por la orientación sexual y la identidad de género de la víctima (véase, por ejemplo, la resolución 67/168 de la Asamblea General). En junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se convirtió en el primer órgano intergubernamental de la Organización en aprobar una resolución de amplio alcance sobre los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género. En la

resolución 17/19 el Consejo expresa su “grave preocupación” por la violencia y discriminación contra las personas por motivos de su orientación sexual y su identidad de género y encomendó la realización de un estudio sobre el ámbito y alcance de esas violaciones y las medidas que necesitan adoptarse para acometerlas. El estudio solicitado, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, fue publicado en diciembre de 2011. En él se señala un patrón de violencia y discriminación dirigidas a personas por razón de su orientación sexual y su identidad de género. Las conclusiones y recomendaciones del estudio formaron la base de una mesa redonda que se celebró en el Consejo en marzo de 2012, primera vez que en las Naciones Unidas se celebraba un debate intergubernamental oficial sobre el tema.

Entre las obligaciones jurídicas básicas que incumben a los Estados en relación con la protección de los derechos humanos de las personas LGBT se cuentan las siguientes:

» Proteger a las personas de la violencia homofóbica y transfóbica y prevenir la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante. Promulgar leyes contra los delitos motivados por el odio que desalienten la violencia contra las personas por motivo de su orientación sexual y establecer sistemas eficaces para denunciar los actos de violencia motivados por el odio, en particular investigando a los responsables de esos actos y llevándolos ante la justicia. Impartir capacitación a los agentes de policía y supervisar los lugares de detención, y habilitar un sistema para que las víctimas puedan ejercer recursos. Además, las leyes y políticas de asilo deberán reconocer que la persecución por razón de orientación sexual puede constituir una base válida para solicitar asilo;

» Derogar las leyes que tipifican como delito la homosexualidad, en particular toda legislación que tipifique penalmente la actividad sexual privada y consentida entre adultos. Garantizar que las personas no sean detenidas ni arrestadas por motivos de su orientación sexual o su identidad de género y que no sean sometidas a exámenes físicos degradantes con la intención de determinar su orientación sexual;

» Prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual y la identidad de género. Promulgar legislación que prohíba la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. Impartir instrucción y capacitación para prevenir la discriminación y estigmatización de las personas LGBT e intersexuales;

» Salvaguardar la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica de todas las personas LGBT y velar por que cualesquiera restricciones a esos derechos –incluso en los casos en que esas restricciones tuviesen por objeto cumplir una finalidad legítima y fuesen de un alcance razonable y comedido– no sean discriminatorias por razón de orientación sexual e identidad de género. Promover una cultura de igualdad y diversidad que abarque el respeto de los derechos de las personas LGBT.

El tema de la conformación jurídica de familia se encuentra regulado en el inciso primero del artículo 42 de la Constitución Política colombiana, reconociéndose como generadores jurídicos de familia los siguientes:

"Art. 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

Como puede apreciarse, tal disposición normativa no solamente trata de una realidad fundamental humana, sino que además posee una gran amplitud semántica en sus términos y una redacción que puede resultar confusa en sí misma, cuando se intentan resolver preguntas tan concretas como si las parejas homosexuales pueden o no conformar familia en el sentido jurídico. Precisamente el debate en torno a dicho tema, y a otros circundantes, ha impulsado la evolución interpretativa del fenómeno en la Corte Constitucional.

La disposición referida, como se verá, ha sido objeto de múltiples interpretaciones mediante diversos criterios hermenéuticos: exegético, gramatical y teleológico-axiológico. Precisamente, en atención al uso de tal multiplicidad de criterios, y en ocasiones aún en

uso del mismo criterio interpretativo, la Corporación ha arribado a distintas conclusiones jurídicas, incluso contradictorias entre sí.

Lo expuesto anteriormente deja en evidencia las obligaciones que tiene el estado colombiano al ser parte de los tratados internacionales que protegen los derechos de las comunidades LGTBI.

Teniendo en cuenta lo anterior queremos dejar al descubierto el trato discriminatorio que la legislación colombiana le ha dado a las parejas del mismo sexo, al no reconocerles el status de generadores de familia.

Si bien es cierto que en la parte motiva de algunas sentencias que a continuación estudiaremos, la honorable corte constitucional ha planteado argumentos que podrían llevar a la conclusión que aprueban la conformación de familia por parte de parejas del mismo sexo, la honorable corte nunca ha concluido en la parte resolutive o en la ratio decidendi de una de sus sentencias dicha conceptualización.

Por tal motivo encontramos de profunda importancia, que la honorable corte constitucional dicte una sentencia de exequibilidad condicionada, dándole el alcance necesario para que las parejas del mismo sexo queden dentro del concepto de familia, interpretación de suma importancia, ya que la familia es el eje central de nuestra sociedad.

A continuación se compararán apartes jurisprudenciales en los que la Corte Constitucional colombiana, haciendo uso de un mismo criterio hermenéutico, arriba a diversas conclusiones contrarias o contradictorias sobre el alcance del artículo 42 de la Constitución Política, o sobre la posibilidad de conformación familiar por parte de las parejas homosexuales.

En relación con el criterio exegético o literal, en la sentencia C-816 de 2001, tratándose la posibilidad de adopción por parte de las parejas homosexuales, señaló el Tribunal:

"La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión 'por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla'".

Por el contrario, en la sentencia C-577 de 2011, después de señalar que la Constitución también admitía la conformación de familia por parejas homosexuales, y que la misma se derivaba de la expresión "voluntad responsable de conformarla", dijo la Corte Constitucional:

"La Corte estima pertinente insistir en que este cambio en la interpretación del primer inciso del artículo 42 superior no se aparta de la comprensión literal del mismo, como reiteradamente se ha puesto de presente, y en que ha sido anticipado en el debate que sobre la materia ha surtido la Corporación en distintas ocasiones que se han sucedido al menos en los últimos diez años y, especialmente, a partir de 2007, conforme consta en las aclaraciones y salvamentos de voto traídos a colación en esta oportunidad".

Llama la atención cómo en el año 2001, el artículo 42 de la Constitución decía inequívocamente una cosa, y en el año 2011, la misma expresión del mismo artículo señalara algo contradictorio, pues son lógicamente incompatibles las dos ideas referidas: que el artículo 42 inequívocamente no permite la conformación familiar por parte de las parejas homosexuales, y que el artículo 42 permite la conformación familiar por parte de las parejas homosexuales. Si una es verdadera la otra necesariamente es falsa, y viceversa.

De otro lado, el criterio más utilizado por la Corte Constitucional para tratar el alcance del artículo 42 de la Constitución ha sido el gramatical. Usando dicha forma interpretativa pueden encontrarse al menos tres conclusiones diversas que la Corte Constitucional ha sostenido.

En la sentencia C-533 de 2000, tratando la inconstitucionalidad de normas relativas al consentimiento en el matrimonio (no aplicables a los homosexuales en ese tiempo), señaló la Corte Constitucional:

"La hermenéutica de la disposición anterior lleva al intérprete a extraer dos conclusiones: una primera, según la cual la familia puede tener origen bien en vínculos jurídicos emanados del matrimonio, o bien en vínculos naturales provenientes de la voluntad responsable de conformarla. Y una segunda conforme con la cual, sin importar cuál de las formas ha sido escogida para fundar la familia, ella, en cualquier evento, es vista como el núcleo fundamental de la sociedad por lo cual siempre merece la protección del Estado. Lo anterior lleva también a la conclusión de que el constituyente previó dos formas de unión entre el hombre y la mujer con miras a fundar la familia: el matrimonio y la unión libre o unión de hecho" (Esta será la opción gramatical "d" que se referirá en la siguiente sentencia).

En contraposición, en la sentencia T-163 de 2003, la Corte refirió:

..."del apartado 'Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla' del artículo 42, es posible establecer las siguientes normas:

- a. La familia se constituye por tres tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio o decisión responsable de conformarla.*
- b. La familia se constituye por cuatro tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio y, (iv) decisión responsable de conformarla.*
- c. La familia se constituye (i) por vínculos naturales o (ii) por vínculos jurídicos, que son el matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.*
- d. La familia se constituye por vínculos naturales —i.e. voluntad responsable de conformarla— o por vínculos jurídicos —i.e. matrimonio—."*

Después de un amplio análisis de las consideraciones de cada una de las opciones en torno a los fenómenos como la consanguinidad, la afinidad, el matrimonio, la unión libre y la familia de crianza, la Corte Constitucional concluye señalando: *"10.4 Lo anterior obliga a aceptar como única hipótesis admisible la b), según la cual la familia se conforma de cuatro modos: vínculos naturales, vínculos jurídicos, por matrimonio y, además, por la decisión responsable de conformar familia"*.

Finalmente, en la sentencia C-577 de 2011, la Corte manifestó:

"La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la Constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la "voluntad responsable de conformarla" también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales" (Nótese que la Corte vuelve al criterio descrito como "d" en la sentencia anterior, pero de una forma ampliada, restringiendo la aplicación de la expresión por la decisión libre de un hombre y una mujer contenida en el art. 42).

Nótese cómo con este criterio hermenéutico ocurrió el mismo fenómeno resaltado anteriormente cuando la Corte Constitucional se refirió al alcance literal del artículo 42. Mientras que en una sentencia manifestó la Corte que la interpretación efectuada en dicha providencia era inequívoca o necesaria, tal criterio tiene discordancias con sentencias anteriores y posteriores.

Finalmente, de acuerdo con el último método que se comparará —el criterio teleológico-axiológico—, la Corte Constitucional ha ofrecido al menos tres alternativas para interpretar la Constitución, una de corte originalista o histórica, otra de corte solidarista, y la última de corte factualista-evolutiva. Precisamente el uso de tales referencias ideológicas, en concomitancia con una justificación del alcance literal o gramatical del artículo 42, resultará ser el aspecto verdaderamente relevante para arribar a las diversas conclusiones señaladas, pudiendo pensarse que la evocación de un criterio literal o gramatical obedece solo a una forma o justificación que sustenta o justifica como válida la corrección de la ideología adoptada.

A continuación se expondrán las tres alternativas referidas, en la medida en que pueden hacerse corresponder con tres de las cuatro etapas evolutivas que se proponen como momentos constitucionales en torno a la institución de la conformación jurídica de familia por parte de las parejas homosexuales.

Revisando la jurisprudencia constitucional en torno a la conformación jurídica de familia, puede encontrarse la existencia de cuatro etapas evolutivas alrededor de la intelección del valor en el que radica el título jurídico que la conforma, o el valor jurídico que se quiere resaltar respecto a la misma. Tales etapas pueden sistematizarse así:

1. Etapa originalista que responde a un criterio valorista-histórico.
2. Etapa solidarista o de primera transición.
3. Etapa de ampliación de protecciones de la pareja homosexual o de segunda transición.
4. Etapa evolucionista de adecuación constitucional.

1. Etapa originalista que responde a un criterio valorista-histórico

Esta etapa se extiende aproximadamente entre 1991 y el año 2001. Se incluyen como providencias relevantes las siguientes: T-523 de 1992, C-098 de 1996, C-533 de 2000, SU-623 y C-814 de 2001. Este periodo tiene como elementos característicos los siguientes: 1) las sentencias desentrañan el alcance del artículo 42 de la Constitución a la luz de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente; 2) en razón de lo anterior, la Corte legitima familias diversas a las conformadas según los ritos religiosos, como lo es la unión marital de hecho, pero sin apartarse del marco necesario de la unión heterosexual. Finalmente, en este periodo, la Corte liga el tema familiar en general a la relevancia social de su existencia antes que al libre desarrollo de la personalidad, subordinando el segundo al primero. Lo anterior, sobre todo, si en la familia existen conflictos en torno a los niños.

En suma, esta etapa está marcada por una definición de los criterios jurídicos para la conformación jurídica de la familia, ligando las consideraciones originales del constituyente de 1991 enmarcadas en las formas descritas en el primer inciso del artículo 42 de la Carta.

2. Etapa solidarista o de primera transición

Esta etapa se ha denominado solidarista o de primera transición en razón a que la Corte trató la conformación de la familia a la luz de dicho principio constitucional. A partir de las jurisprudencias del año 2003 la solidaridad fungió como un criterio jurisprudencial novedoso, y se efectuó un primer cambio de paradigma o fundamento sobre el título que permitía la conformación jurídica de familia según la Constitución. Tal cambio jurisprudencial aparece insinuado en la sentencia C-271 de 2003, pero es la sentencia T-163 del mismo año la que lo desarrolla en forma paradigmática.

El criterio señalado consiste en que debe entenderse que la solidaridad y el respeto mutuo obedecen a una forma autónoma de conformar familia, incluidas en el título jurídico de conformación familiar denominando "voluntad responsable de conformarla descrito en el

artículo 42". Más aún, como puede leerse en la sentencia, no se trata solo de la adición de un nuevo criterio, sino de señalar que el auténtico criterio de conformación familiar consiste en la solidaridad, el respeto y la vocación de permanencia, aún por sobre lo biológico o lo jurídico: "la Corte precisa que la familia no se estructura en torno a tales relaciones de consanguinidad, afinidad y existencia de obligaciones, como los alimentos. La familia se organiza en torno a la solidaridad. Cosa distinta es que en determinadas circunstancias fenómenos biológicos tengan consecuencias jurídicas".

Si bien es cierto que en la sentencia C-271 de 2003 se hace referencia constante a la familia heterosexual, y en la T-163 de 2003 la Corte aclara que "en esta oportunidad la Corte no entrará a analizar si la familia puede estar o no conformada por parejas homosexuales, asunto que no guarda relación alguna con el problema jurídico que se está analizando", con el tiempo el criterio señalado sería aplicado a la conformación de familia por parte de las parejas homosexuales (en la sentencia C-577 de 2011), pues al fin y al cabo consistió en una ampliación de los títulos jurídicos que hacen nacer la familia al mundo del derecho.

3. Etapa de ampliación de protecciones de la pareja homosexual o de segunda transición

Este periodo se extiende entre el 2007 y 2011 y se caracteriza por iniciar la reflexión de la familia de cara no a la sociedad y la solidaridad, sino principalmente de cara a la libertad que radica en la dignidad humana y en otros principios constitucionales como la legitimidad de los diversos planes de vida.

Si bien es cierto que en esta etapa no se confiere el título jurídico de familia a la pareja homosexual, se le denomina de segunda transición porque equipara a las parejas homosexuales, para los efectos familiares, a las uniones maritales de hecho heterosexuales y porque modifica nuevamente la axiología que legitima la conformación familiar, situaciones ambas que terminarán abonando el camino para la configuración de la familia homosexual posteriormente.

En esta etapa la intención de la Corte es utilizar el criterio analógico sobre los efectos de pertenecer a una familia, a favor de una institución similar que expresamente reconoce que no la conforma. Puede leerse entre líneas que la Corte Constitucional procura no incurrir en la falacia denominada la afirmación del consecuente, es decir, asignar un título jurídico a cierta institución por el solo hecho de parecer razonable la aplicación de las consecuencias del mismo. Veamos:

De acuerdo con el silogismo del modus ponens puede concluirse lo siguiente:

La familia tiene protección jurídica. La pareja X es familia, por lo tanto la pareja X tiene protección jurídica.

La falacia ocurriría al afirmar no el atributo de familia, sino su consecuencia, es decir, la protección, así:

La familia tiene protección jurídica. La pareja X tiene protección jurídica, por lo tanto la pareja X es familia.

En tal sentido, aunque las dos jurisprudencias principales que integran el periodo, la C-075 de 2007 y C-029 de 2009, evitan el tema de la conformación jurídica de familia por parte de las parejas homosexuales, finalmente culminan con una equiparación total en los efectos jurídicos de la unión marital de hecho heterosexual, con las uniones de parejas homosexuales.

4. Etapa evolucionista de adecuación constitucional

Esta es la última y más reciente fase de la evolución interpretativa del concepto de familia, fundada por la sentencia C-577 de 2011. Tal jurisprudencia, como se ha precisado a lo largo del artículo, modificó el criterio gramatical adoptado en la sentencia T-163 de 2003,

modificó el criterio literal adoptado en la sentencia C-814 de 2001, modificó el criterio originalista adoptado en la misma providencia, y repensó el criterio solidarista expuesto en la T-163 de 2001.

Al estudiar esta jurisprudencia se puede verificar una preocupación profunda del juez constitucional por mostrar cómo se ha entendido el fenómeno de la familia, para modificarlo desde ese punto y hacia el futuro. En otras palabras, dicha providencia consiste en una modificación interpretativa que actualiza la Constitución conforme a lo que la Corte ha denominado la "Constitución viviente" derivada de un cambio fáctico en las condiciones sociológicas que la Corte advierte y legítima. Señala la providencia:

"La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de Constitución viviente, que 'puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución —que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades—, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma', sin que ello implique vulneración de la cosa juzgada, 'ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica'".

Vale la pena resaltar que la Corte Constitucional, en la referida providencia, aclara que los argumentos descritos únicamente aplican para las parejas monogámicas, pues la poligamia o la poliandria no han sido objeto del estudio constitucional, como quiera que la unión homosexual no las cuestiona, y que tal unión sería válida únicamente en sociedades con otros criterios culturales y mayoritarios. No obstante, tal aclaración parece evocar las distinciones, ya referidas, que se hicieron en las etapas de primera y segunda transición relativas a la no aplicabilidad de los argumentos descritos a la pareja homosexual para ampliar la familia como título jurídico conformador de la misma, y que sin embargo terminaron por usarse también en dicho fenómeno. Así las cosas, parece ser que una advertencia en tal sentido, u otra en la que la Corte manifieste que una interpretación es inequívoca son vacías de contenido, ya que pueden modificarse en una providencia posterior. Finalmente, y de cara a lo anterior, no puede perderse de vista que en el mundo occidental y americano ha empezado a aparecer el fenómeno de uniones no monogámicas sugiriendo aquello que si la Corte Constitucional continúa evaluando el artículo 42, con referencia a su propia ideología y lo que considera es el avance fáctico de las instituciones sociales, podría terminar legitimando las uniones polipersonales conforme a los mismos argumentos esgrimidos de la Constitución Viviente.

Con respecto al artículo 4to de la ley 1361 del 2009, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa en cuanto excluyó al hombre de los efectos de lo preceptuado en dicha norma, por lo tanto se expondrán los motivos por los cuales el trato diferenciado de las mujeres con respecto al hombre en dicha norma, vulnera el derecho a la igualdad.

Para determinar si se presenta o no una violación del derecho a la igualdad deben establecerse parámetros relacionales que identifiquen los términos de la comparación y la legitimidad de las razones que justifican el trato diferenciado. Uno de los dispositivos de análisis para verificar la existencia y legitimidad de un trato desigual es el juicio integrado de igualdad. Cuando se trata de categorías como el género o la orientación sexual, el test deberá ser estricto. En efecto, este tipo de escrutinio procede ante criterios sospechosos -por ejemplo los prohibidos expresamente por la Constitución- y exigen una racionalidad indiscutible en la justificación de las medidas desiguales. Por eso impone un estudio de los fines perseguidos y de los medios utilizados: el fin buscado debe ser imperioso; el medio debe ser necesario -es decir que no puede ser remplazado por otro menos lesivo; y la relación entre el medio y el fin debe mostrar que los beneficios de adoptar la medida diferenciada exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

En razón de lo anterior, la presente acción de inconstitucionalidad pretende poner de manifiesto una serie de argumentos tendientes a demostrar que con la implementación de la norma acusada, se lesiona los derechos e intereses de los hombres en Colombia, toda vez que incurre en múltiples omisiones en relación con la regulación de su estatus jurídico, lo cual resulta abiertamente contradictorio a la carta.

Como consecuencia de lo anterior, la demanda contiene un cargo de inconstitucionalidad enmarcado en la omisión legislativa relativa en que incurrió el legislador al excluir al hombre de ser víctima de violencia intrafamiliar, desconociendo así los mandatos esenciales contenidos en la Carta Política referidos al trato en condiciones de igualdad de todos los habitantes del territorio nacional y a los tratados internacionales que ha suscrito nuestro país en materia de protección de derechos fundamentales y que por su naturaleza, se integran a nuestro ordenamiento por vía del bloque de constitucionalidad.

Así, en línea de sentido, la presente acción desarrollara cada uno de los 5 requisitos que ha exigido la jurisprudencia de ésta Honorable Corte para demostrar la inconstitucionalidad de una disposición normativa por vía de la omisión legislativa relativa, y por esa vía demostrar que las omisiones en que se incurrió con lo preceptuado en la norma acusada encaja en cada uno de los presupuestos exigidos por la jurisprudencia y que por esa vía, devienen en contrarios a la Carta Política.

SECCIÓN SEGUNDA – CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

I. Violación directa del art 93 de la constitución política, prevalencia de los tratados internacionales, al excluir a las parejas del mismo sexo del concepto de familia en el artículo 2do de la ley 1361 del 2009.

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

La ley 1361 del 2009 en su artículo 2do define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El precepto acusado excluye a las parejas del mismo sexo del concepto de familia, violando claramente todo lo preceptuado por los tratados internacionales ratificados por Colombia.

El artículo 93 y 94 de la constitución política de 1991, le da vida jurídica al bloque de constitucionalidad, el cual prevalece frente al ordenamiento jurídico interno colombiano; dicho lo anterior, la norma acusada no se encuentra en concordancia con lo establecido en

diversos tratados internacionales en cuanto no se puede discriminar por razones de sexo, raza, etc.

La jurisprudencia de la honorable corte constitucional ha señalado que uno de los pilares esenciales de nuestra Constitución, y del Estado social y democrático de derecho, es la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de todos los asociados. La fuente de este eje definitorio se encuentra en varios artículos de la Carta, dentro de los cuales se hace especial énfasis en los artículos 1, 2, 5, 93, 94, 214 y 215-2.

Desde el Preámbulo y sus primeros artículos la Constitución señala su compromiso esencial con el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, como piedra angular de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1º C.P.), como fórmula para fortalecer y asegurar a sus integrantes (Preámbulo) la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

Así, dentro de los fines esenciales del Estado la Carta (art. 2º C.P.) resalta que se debe "promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución", y que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus "(...) derechos y libertades." Adicionalmente, se señala (art. 5º C.P.) que se garantiza la primacía de los derechos inalienables de las personas.

De la misma manera, la Constitución consagra en su Título II un amplio catálogo de derechos, así como un conjunto de garantías judiciales (arts. 86, 87, 88 y 241-1) que permiten la exigibilidad inmediata de dichos derechos. Dentro de estos mecanismos se resaltan la acción de tutela, creada por la propia Constitución, y la acción pública de inconstitucionalidad. La primera, constituye el mecanismo judicial a disposición de todas las personas para exigir ante cualquier juez la protección inmediata de sus derechos fundamentales. La segunda permite que cualquier ciudadano pueda solicitar la exclusión del ordenamiento de aquellas normas de rango legal que sean contrarias a la Constitución, y por tanto a los derechos fundamentales.

Por otra parte, otro conjunto de artículos complementan este catálogo de derechos previsto en la Constitución, e incluyen una referencia expresa a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Así por ejemplo, a través del artículo 93 se incorpora a nuestro ordenamiento constitucional los derechos reconocidos en los "tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción", y establece que los derechos y deberes reconocidos por la Constitución deben ser interpretados de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Bloque de constitucionalidad). En un sentido similar, el artículo 215-2, dispone que durante los estados de excepción "no podrán suspenderse los derechos fundamentales" y que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario".

Finalmente, el artículo 94 señala que los derechos previstos en el Título II y los tratados sobre Derechos Humanos no agotan el catálogo de los derechos fundamentales, pues "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

La jurisprudencia constitucional también ha explicado que la obligación de respeto, garantía y protección de los derechos humanos se encuentra consagrada en diversos instrumentos y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.N.) razón por la que, a continuación, se hace una breve reseña de los principales instrumentos de derechos humanos en la materia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que los derechos humanos deben ser protegidos "por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión" pero además señala en su artículo 28 que "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, dispone en su artículo 2.1 las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos al señalar que los Estados parte se comprometen a “respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. En este sentido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano autorizado para interpretar y hacer seguimiento a las obligaciones derivadas del PIDCP, ha indicado que en virtud de los compromisos adquiridos por los Estados para garantizar los derechos humanos (Arts. 2.1 y 3 del PIDCP), estos deben realizar actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos, y por tanto garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos.

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que hace parte del bloque de constitucionalidad, también consagra claramente las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos (art. 1.1) al señalar que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La Corte IDH, intérprete autorizada de los contenidos de la CADH, ha señalado que en virtud del deber de garantía los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Expuesto lo anterior, si bien es cierto que la norma acusada reproduce un precepto constitucional como lo es el concepto de familia; en cumplimiento del art 93 y 94 de la constitución, la honorable corte constitucional debería condicionar la exequibilidad de la norma acusada en el entendido que las parejas del mismo género pueden conformar una familia, con el fin de armonizar el ordenamiento interno con los mandatos establecidos por el bloque de constitucionalidad en cuanto a los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad, a la familia entre otros, de los que son titulares las parejas del mismo género.

I. Violación directa del artículo 13 y 43 de la constitución política por omisión legislativa relativa al excluir al hombre como víctima de la violencia intrafamiliar en el artículo 4ª de la ley 1361 del 2009

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

La ley objeto de la presente demanda por vía de la omisión legislativa relativa vulnera el artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho fundamental a la igualdad. Así mismo contraría el artículo 1 y 43 de la Carta Política en tanto desconoce el derecho que merecen los hombres a ser protegidos en caso de ser víctimas de violencia intrafamiliar.

La norma reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Se trata pues de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuándo una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas, como ocurre en el caso de la norma acusada. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. En este caso se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables.

Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que ésta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. La igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, “gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades” (art. 13). Esta dimensión del principio de igualdad, por tanto, es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección. Para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada es preciso constatar el grado efectivo de protección recibida a los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas y cumplir así el mandato de la Carta Política. No basta con saber si el derecho se aplicó de forma diferente en dos casos en los que se ha debido aplicar igual o si el derecho en sí mismo establece diferencias no razonables, se requiere determinar si la protección brindada por las leyes es igual para quienes necesitan la misma protección.

La cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido.

Uno de los “fines esenciales del Estado” es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2°, CP). Así pues, el derecho fundamental a la igualdad de protección implica al Estado “adoptar las medidas necesarias” para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las “autoridades”, según el texto constitucional (art. 13), que no distingue entre autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, como la legislativa.

Una concepción material de la igualdad tiene por fin asegurar no sólo la igualdad ante la ley, sino también “la igualdad ante la vida”, como se sostuvo en la Asamblea Nacional Constituyente. Por esto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la fórmula política del estado social y democrático de Derecho se manifiesta en la promoción de la igualdad real

y "(...) se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos. (...)")

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 13, inciso 1º, superior, "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

Esa disposición contempla el principio de igualdad formal, propio del Estado liberal o clásico, que constituyó una conquista muy significativa de la Revolución Francesa frente al Antiguo Régimen, y que la Constitución reitera con carácter particular en otras de sus normas, como en el Art. 43, respecto de hombres y mujeres, al establecer que "la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada".

Una de las bases del Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material, es decir, de igualdad real y efectiva, como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano (Art. 1º de la Constitución) y un orden político, económico y social justo (preámbulo ibídem).

Expuesto lo anterior el legislador dejó desprotegido al hombre en cuanto lo deja por fuera de la órbita de la protección de los preceptos expuestos en la norma acusada, en cuanto considera que la violencia intrafamiliar no se puede dar por parte de la mujer contra el hombre, teniendo en cuenta esto, por medio del desarrollo del cargo de omisión legislativa relativa, se busca despertar una duda minina de inconstitucionalidad al magistrado sustanciador, con el fin de que dicte una sentencia de exequibilidad condicionada, en el sentido que el hombre también puede ser víctima de violencia intrafamiliar.

A continuación, se presentará y desarrollara el cargo de inconstitucionalidad que se plantea frente al artículo 4ª de la ley 1361 del 2009, por omisión legislativa relativa.

SECCIÓN TERCERA – CARGO ÚNICO

I. Violación directa del art 93 de la constitución política, prevalencia de los tratados internacionales, al excluir a las parejas del mismo sexo del concepto de familia en el artículo 2do de la ley1361 del 2009.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso.

Ha habido muchos avances en asegurar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identidades de género puedan vivir con la igualdad de dignidad y respeto a que cada persona tiene derecho. En la actualidad, numerosos Estados tienen leyes y constituciones que garantizan los derechos a la igualdad y a la no discriminación sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género.

Sin embargo, las violaciones de derechos humanos debido a una orientación sexual o identidad de género real o percibida de las personas constituyen un patrón global y arraigado que es motivo de profunda preocupación. Incluyen asesinatos extrajudiciales, tortura, malos tratos, violencia sexual y violación, injerencias en su privacidad, detención arbitraria, negación de empleo y de oportunidades educativas, así como una grave discriminación en el disfrute de otros derechos humanos. Estas violaciones son a menudo agravadas por experiencias de otras formas de violencia, odio, discriminación y exclusión, como las basadas en la raza, la edad, la religión, la discapacidad o la condición económica, social o de otra índole.

Numerosos Estados y sociedades imponen normas de género y de orientación sexual a las personas a través de las costumbres, las leyes y la violencia, y se afanan en controlar las formas en que ellas experimentan las relaciones personales y cómo se identifican a sí mismas. La vigilancia sobre la sexualidad continúa siendo una fuerza principal detrás de la perpetuación de la violencia basada en género y la desigualdad de género.

El sistema internacional ha visto grandes avances hacia la igualdad de género y las protecciones contra la violencia en la sociedad, la comunidad y la familia. Adicionalmente, mecanismos clave de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos han afirmado la obligación de los Estados de garantizarles a todas las personas una efectiva protección contra la discriminación basada en la orientación sexual o la identidad de género. No obstante, la respuesta internacional a las violaciones de derechos humanos por motivos de orientación sexual o identidad de género ha sido fragmentada e inconsistente.

A fin de enfrentar estas deficiencias, se requiere de una sólida comprensión de todo el régimen del derecho internacional humanitario y de su aplicación a los asuntos de la orientación sexual y la identidad de género. Es crucial cotejar y clarificar las obligaciones de los Estados bajo la actual legislación internacional de los derechos humanos, a fin de promover y proteger todos los derechos humanos de todas las personas sobre la base de la igualdad y sin discriminación alguna.

La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos, han puesto en marcha un proyecto encaminado a desarrollar una serie de principios legales internacionales sobre la aplicación del derecho internacional humanitario a las violaciones de derechos humanos por motivos de orientación sexual e identidad de género, a fin de imbuir una mayor claridad y coherencia a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

Un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos ha redactado, desarrollado, discutido y refinado estos Principios. Luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, 29 especialistas procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia relevante al ámbito del derecho humanitario, adoptaron unánimemente los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género.

El Profesor Michael O'Flaherty, relator de la reunión, ha brindando inmensas contribuciones a la redacción y revisión de los Principios de Yogyakarta. Su compromiso y sus incansables esfuerzos han sido cruciales para el exitoso resultado del proceso.

Los Principios de Yogyakarta abordan una amplia gama de normas de derechos humanos y su aplicación a los asuntos de la orientación sexual y la identidad de género. Los Principios afirman la obligación primordial de los Estados de implementar los derechos humanos. Cada Principio va acompañado de detalladas recomendaciones a los Estados. Sin embargo, el grupo de especialistas también hace énfasis en que todos los actores tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos humanos. Además, los Principios plantean recomendaciones adicionales a otros actores, incluyendo el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y los financiadores.

Los especialistas coinciden en que los Principios de Yogyakarta reflejan el estado actual del derecho internacional de los derechos humanos en lo que concierne a la orientación sexual y la identidad de género. Asimismo, reconocen que los Estados podrían contraer obligaciones adicionales conforme el derecho internacional continúa evolucionando.

Los Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar ese preciado derecho.

El principio 24 de yoqyakarta:

Principio 24

El derecho a formar una familia

Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

Los Estados:

A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

B. Velarán por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio, y adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes, incluso en lo que respecta al bienestar social y otros beneficios relacionados con la familia, al empleo y a la inmigración;

C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior;

D. En todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños, velarán por que un niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio pueda ejercer el derecho de expresar sus opiniones con libertad y que estas sean debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y madurez del niño o la niña;

E. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que en aquellos Estados que reconocen los matrimonios o las sociedades de convivencia registradas entre personas de un mismo sexo, cualquier derecho, privilegio, obligación o beneficio que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o en unión registrada esté disponible en igualdad de condiciones para personas del mismo sexo casadas o en sociedad de convivencia registrada;

F. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que cualquier obligación, derecho, privilegio o beneficio que se otorga a parejas de sexo diferente no casadas esté disponible en igualdad de condiciones para parejas del mismo sexo no casadas;

G. Asegurarán que el matrimonio y otras sociedades de convivencia reconocidas por la ley se contraigan únicamente mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros cónyuges o parejas.

Los fundamentos jurídicos sobre el cual el derecho internacional prevalece sobre principios constitucionales de los estados partes son los siguientes:

En el caso de Colombia, la Corte suprema de Justicia ha desarrollado el tema de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno a través del “caso de los 19 comerciantes Vs. Colombia”. Ya que la Corte IDH resolvió el caso en contra de Colombia ordenándole la revisión del caso, se vio enfrentada la obligatoriedad de las decisiones judiciales de la Corte IDH y los principios constitucionales de Colombia como el Principio de Cosa juzgada y de Favorabilidad.

La CSJ le dio prevalencia a la obligatoriedad de la decisión pasando “por encima” de los principios constitucionales anteriormente señalados, sus argumentos fueron los siguientes: “La Corte Suprema concluyó que los fallos de la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento por parte del Estado colombiano, de manera que no puede haber argumentos válidos para desconocerlos”

Como en el caso se tocaban derechos humanos de carácter internacional ratificados por el Estado Colombiano, “se tendrá que matizar los principios constitucionales favorables para los procesados” señaló la CSJ. Con el principio de la Cosa juzgada, la CSJ argumento que la cosa juzgada no es absoluta, que en algunos casos se relativiza, como ocurrió en este, para poder hacer efectiva la decisión de la Corte IDH. Con el principio de favorabilidad la CSJ dijo “Con respecto al principio de favorabilidad, la corte señaló que, si bien la causal de revisión invocada no estaba vigente al momento en el que se cometieron los delitos (1987), para esa fecha ya estaba vigente la Convención Americana de Derechos Humanos, que les impone a los Estados la obligación de respetar los derechos contemplados en ella e investigar y sancionar sus vulneraciones”

Además de los argumentados por la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional en su Sentencia C-067/03. Se Pronuncia sobre la prevalencia del derecho internacional sobre los principios constitucionales internos. El siguiente texto es tomado exactamente de dicha sentencia:

“El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados”

Norberto Bobbio, gran tratadista menciona, que:

“Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”

Entonces de lo anterior se deduce que, la legislación interna del Estado Colombiano debe acondicionar su contenido al del derecho internacional. Siendo esto así, toda decisión de la Corte IDH es obligatoria para Colombia ya que esta ha sido ratificada a través de la Convención Interamericana de derechos humanos. A través del Bloque de constitucionalidad consagrado en el art. 93 de la C.N los derechos fundamentales prevalecen en el orden interno, y siendo las decisiones de la Corte IDH protectoras de derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno colombiano e incluso sobre sus principios.

En sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional se establece que “la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.

No solo en materia penal el derecho internacional prevalece sobre el interno y sobre sus principios, como ejemplo de la supremacía de aquel sobre el interno, lo tenemos en la rama laboral. En sentencias de la Corte Constitucional se establece que el ordenamiento interno debe guardar armonía con los convenios de la OIT.

“Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos - entre ellas, la OIT-; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos, como se explicó anteriormente. En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio.”

Siendo las normas que integran el bloque de constitucionalidad, verdaderas normas constitucionales, todo el ordenamiento jurídico debe obediencia a dichas normas incluyendo a los principios constitucionales. Así lo establece la Corte Constitucionalidad:

“Ahora bien, es claro que si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones”

Como prevalencia de las decisiones judiciales de las cortes internacionales sobre el orden interno de Colombia la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto:

“El poder del Estado no es, pues, en el ámbito de la comunidad internacional, ilimitado, sino que está sometido a los compromisos contraídos a la luz de las normas del derecho internacional, el cual presenta, entre otras particularidades las siguientes:

...c) Como los individuos no son los sujetos, propiamente hablando, del derecho internacional público, sino los Estados, para los ciudadanos las instancias del Estado del cual son súbditos, son las últimas y la Constitución la suprema norma jurídica. El poder del Estado prima en el interior, esto es, frente a los súbditos; el Estado es así soberano en su jurisdicción, de manera que para los súbditos es la última instancia.

La soberanía del Estado implica una facultad de autodeterminación limitada por el derecho internacional, en el orden positivo, en cuanto a su relación con otros Estados, lo cual no contradice la potestad interna que el Estado tiene sobre sus súbditos. Es, pues, una soberanía subordinada por el derecho internacional en el aspecto externo, pero que es suprema en el orden interno. Son dos aspectos diferentes. Es decir, se refiere a la supremacía del orden estatal en el interior, y su subordinación al derecho internacional en el exterior, sin que esto implique la negación del principio del *ius gentium* relativo a la autodeterminación de los pueblos.”

Podemos, con mucha claridad, ver el fundamento de la prevalencia de las ordenes de los tribunales internacionales, el cual puede ser la subordinación de la soberanía del Estado al derecho internacional, lo que trae, per se, la prevalencia de dichas ordenes; este concepto emitido por la corte nos demuestra que así como los tratados ratificados en Colombia prevalecen sobre el orden interno en virtud del artículo 93, las ordenes de las cortes también prevalecen, en virtud de que el reconocimiento de las jurisdicciones se acepta a través de convenios.

No solo las altas cortes colombianas se han pronunciado sobre el tema, también lo hacen los tribunales superiores del distrito judicial, como es el caso del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en un foro realizado por este titulado “De la prevalencia de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico

Interno". Se traslada la parte más importante de dicho foro tratando sobre la Supraconstitucionalidad en su punto 5.1 para no desnaturalizar su contenido:

"En el evento de la supra constitucionalidad del Derecho Internacional no sólo el sustrato filosófico del tratado sobre derechos humanos se encuentra por encima de la constitución y por tanto de todo el ordenamiento jurídico interno del Estado parte, sino que también ocurre lo propio con todos los preceptos del tratado. Por tanto, en caso de confrontación entre un precepto de la constitución o cualquier norma del ordenamiento jurídico interno de un Estado con el sustrato filosófico del tratado sobre derechos humanos ora con cualquier precepto del mismo, prima la norma internacional y aquél sustrato filosófico surgiendo la invalidación de las normas de orden interno que contrarían al tratado y su sustrato filosófico, o la armonización de las normas del ordenamiento jurídico interno siguiendo los parámetros del Tratado; estos dos efectos sin validez o armonización dependen de cómo lo haya consagrado la constitución del respectivo Estado.

En derecho comparado el primer efecto de la primacía de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos relacionado con la invalidación de los preceptos del orden interno, sólo se presenta con la constitución Guatemalteca que en su artículo 46 preceptúa:

Artículo 46: Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece que en principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Como se puede observar el canon no excluye a la constitución, por tanto se puede predicar una cotización de los Tratados sobre derechos humanos en la que estos se encuentran por encima de esta y en rigor de todo el ordenamiento jurídico interno. Sobre la supra constitucionalidad con efecto de armonización en derecho comparado encontramos el artículo 10 de la constitución española que preceptúa:

Artículo 10: La dignidad de las personas, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España. Como se puede observar, el inciso 2º de la norma en comento establece una Supra constitucionalidad de los Tratados sobre derechos humanos al señalar que las leyes y normas internas deben armonizar con los tratados para cobrar vigencia o para ser aplicadas en los casos concretos. En otras palabras el efecto interpretativo de las normas internas debe operar a favor del sustrato filosófico del Tratado Internacional ora de sus preceptos"

II. La Omisión Legislativa Relativa.

Se acusa entonces a la Ley 1361 de 2009 de que por vía de la omisión legislativa relativa sus distintas disposiciones vulneran los artículos 13 y 43 de la Constitución Nacional, ya que deja desprotegido al hombre que ha sido víctima de violencia intrafamiliar.

Frente al tema de la omisión legislativa relativa, ésta corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que una norma no solo puede resultar contraria a la Carta Política por contravenirla directamente por la disposición material contenida en la misma, sino que también, puede ser declarada inconstitucional por vulnerar los mandatos constitucionales por ausencia de preceptivas legales que regulen la materia. En este sentido, se hace referencia entonces a lo que se denomina como omisiones legislativas respecto de las cuales, la Corte ha reconocido la importancia de pronunciarse al respecto toda vez que "para asegurar la efectividad de la guarda de la integridad de la Constitución que se le ha encomendado, [...], sin afectar la autonomía del órgano legislativo que ya ha decidido ocuparse de una determinada materia, dentro de su facultad de configuración, se garantiza

que las normas así emanadas del representante de la voluntad general no ignore los criterios y deberes mínimos, que por decisión del constituyente deben atenderse en relación con el tema de que se trate.”¹

Así las cosas, en sentencia C-373 de 2011 la Corte diferenció entre la omisiones absolutas, respecto de las cuales carece de competencia para pronunciarse y las relativas, que son aquellas que aluden a los eventos en los cuales “sí existe un desarrollo legislativo vigente, pero aquél ha de considerarse imperfecto, por excluir de manera implícita un ingrediente normativo concreto que en razón a la existencia de un deber constitucional específico, tenía que haberse contemplado al desarrollar normativamente esa materia”.

A tales efectos, hay que resaltar que ante la presencia de una omisión legislativa [relativa], es factible que como consecuencia de ello, se presente una situación discriminatoria en la medida en que si bien existe un precepto normativo constitucional que ordena regular determinada materia, la norma omite hacerlo.

En sentencia C-185 de 2002, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, se pronunció la Corte en este sentido:

“[...] esta Corte ha admitido que también la inactividad del legislador, en lo que corresponde al cumplimiento y desarrollo de la función legislativa, puede afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, la presunta infracción a la Carta proviene, no del derecho positivo preexistente - fruto de la acción legislativa ordinaria o especial- como es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer.

En el caso de la llamada omisión relativa o parcial, la competencia de la Corte Constitucional para proferir decisión de fondo está plenamente justificada, pues aquella se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos. En consecuencia, puede afirmarse que en esta hipótesis, se cumple a cabalidad el fundamento básico del control constitucional - la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución -, ya que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto en su concepción, y que a partir de la ausencia parcial de regulación, al cotejarlo con la Carta, aquél puede resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso.”

En ese sentido, en la misma sentencia citada, esta corporación definió unas condiciones que deben cumplirse para efectos de proceder al control de constitucionalidad y determinar si la norma acusada consagra o no una omisión legislativa que contraviene la Constitución. Tales condicionamientos son:

“[...] (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. La doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 373 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso.”²

En el caso concreto, la ley 1361 de 2009 tiene como pretensión principal proteger a la familia.

Sin embargo, consideramos que el articulado de la ley objeto de demanda no refleja una regulación amplia e incluyente que involucre tanto a los hombres como a las mujeres, brindándoles el mismo trato. De esta manera, la norma acusada se constituye en una norma violatoria tanto de los artículos 13 y 43 de la Constitución Nacional como de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que se integran al propio texto constitucional y por ende a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del bloque de constitucionalidad en sentido lato (artículos 93 y 94 de la Constitución Nacional).

La ley de protección integral de la familia, ley 1361 de 2009 en su artículo 4a, desconoce el derecho de Los hombres a ser protegidos por el ordenamiento jurídico en contra de cualquier manifestación de violencia, muy a pesar de las pretensiones de universalidad que se proclaman en su objeto y principios, en varios apartes de la normativa demandada, se omite hacer una referencia de manera expresa a los derechos de hombres, limitándose a regular la situación de las mujeres, dando lugar así a un tratamiento infra exclusivo, discriminatorio, y por ende, injustificado bajo la lógica de igualdad de derechos contenida en los artículos 13 y 43 constitucionales y en los tratados internacionales que se integran al texto constitucional.

En este punto, es necesario mencionar que de acuerdo con la CERD el trato discriminatorio denota “... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

En ese sentido, se procederá a demostrar cómo la regulación infra exclusiva contenida en el artículo demandado de la Ley 1361 de 2009 genera un trato discriminatorio constitucionalmente inadmisibles de acuerdo al marco constitucional anteriormente expuesto.

II. Aplicación de los requisitos señalados jurisprudencialmente al caso concreto.

a. Norma sobre las que recae la omisión legislativa relativa.

Presupuesto esencial sentado por la jurisprudencia constitucional para pronunciarse en relación con la omisión legislativa relativa, es la existencia de una norma jurídica de la cual pueda predicarse dicha omisión o falla del legislador.

En el caso objeto de estudio, en relación con la Ley 1361 de 2009 la norma sobre las que se propone el examen de constitucionalidad por omisión legislativa relativa es el artículo 4a (parcial).

Dicho artículo contienen las siguientes disposiciones normativas:

ARTÍCULO 4A. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1857 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Las acciones estatales dirigidas a proteger a personas en situación de vulnerabilidad o de violación de sus derechos deberán incluir atención familiar y actividades dirigidas a vincular a los miembros de la familia a rutas de atención para acceder a programas de subsidios, de salud, recreación, deporte y emprendimiento que mejoren su calidad de vida donde se les brinde recursos que les permita prevenir o superar condiciones de violencia o maltrato, inseguridad económica, desescolarización, explotación sexual o laboral y abandono o negligencia, uso de sustancias psicoactivas y cuidado de personas dependientes en la atención de alguno de sus miembros.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 185 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Las entidades encargadas de la protección de las familias y sus miembros deberán conformar equipos transdisciplinarios de acompañamiento familiar y diseñarán y pondrán en ejecución, en cada caso, un plan de intervención en el que se planeen las acciones a adelantar y los resultados esperados.

PARÁGRAFO De las actividades desarrolladas se dejará constancia en un documento reservado denominado historia familiar, en el cual se registrarán cronológicamente las razones de la intervención y las acciones ejecutadas.

Dicho documento es de reserva y únicamente puede ser conocido por terceros en los casos previstos por la ley.

En los casos de violencia ejercida contra la mujer como violencia intrafamiliar, violencia sexual o cualquier otro tipo que afecten su seguridad o la de sus hijos y/o hijas, la mujer no estará obligada a participar en planes de intervención familiar estipulados en el presente artículo.

b. Exclusión de casos asimilables que deberían estar contemplados en la normatividad demandada, u omisión de un ingrediente o condición que de acuerdo con la Constitución resulta esencial para armonizar el texto legal con las disposiciones de la Carta.

En el caso objeto de estudio, nos encontramos con que la norma demandada omite incluir dentro de sus postulados a los hombres, incurriendo en violación por exclusión de casos asimilables, toda vez que tanto los hombres como Las mujeres pueden ser víctimas de violencia intrafamiliar, sexual o cualquier otro tipo que afecte la seguridad y deberían ser sujetos de un trato igual.

En ese sentido, si el espíritu de la norma es proteger la familia, no se puede dar un trato diferenciado a las mujeres ya que los hombres también son miembros de la familia y por consiguiente se les debe brindar igual protección, con el fin de que la familia como núcleo esencial de la sociedad tenga todas las garantías constitucionales.

En este punto, se debe nuevamente destacar el contenido del artículo 1 de la CERD, que señala que el trato discriminatorio denota "... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

Al no incluir a los hombres como sujeto de protección de la norma acusada en caso de violencia, claramente está poniendo en una situación de indefensión a una persona que está dentro de una población vulnerable y podría ser sujeta de tratos que atenten contra su dignidad y su honra.

c. La exclusión de casos asimilables u omisión de las condiciones o ingredientes carece de un principio de razón suficiente.

No existe un principio de razón suficiente para excluir a hombres de la regulación prevista por la Ley 1361 de 2009 artículo 4a. La corte constitucional en repetidas ocasiones ha manifestado que el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, el cual establece:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

Se constituye en el fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que emana de la dignidad humana, pues se deriva del hecho de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que surja entre ellas, por ejemplo, por motivos como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias.

Con todo, la corte constitucional ha considerado que la "igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionales de aquéllas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta".

Precisamente la Corte en Sentencia T-301 de 2004, afirmó que el Constituyente al consagrar el derecho a la igualdad no proscribió de manera definitiva y en abstracto todo trato diferenciado. Por el contrario, estableció, una presunción a favor de las condiciones igualitarias, permitiendo la posibilidad de justificar adecuada y suficientemente la necesidad de incorporar una diferenciación, dadas ciertas condiciones concretas.

Ahora bien, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial de este derecho y los avances doctrinarios en este campo, según la sentencia mencionada, existen algunos criterios para determinar en qué casos las distinciones fundadas en ciertos parámetros resultan contrarias a los valores constitucionales. Así, son discriminatorios los términos de comparación cuyo fundamento sea el sexo, la raza, el origen social, familiar o nacional, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica o, en términos generales, cualquier motivo discriminante que produzca perjuicios o estereotipos sociales cuyo propósito sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios. En suma, para determinar si un trato diferenciado constituye o no un acto discriminatorio debe comprobarse, en primer lugar, si tiene o no como sustento al menos uno de los criterios proscritos por la jurisprudencia y la doctrina constitucional, y en segundo término, si dicho trato resulta constitucionalmente válido.

En relación con el tema de las *categorías sospechosas* respecto de las cuales es posible presumir una segregación, la Corte en Sentencia C-371 de 2000, señaló:

"El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. || Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. || Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas 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 sociales." (Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad".

Conforme a los anteriores parámetros conceptuales, la Corte ha definido a la discriminación como:

"un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o perjuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...) El acto discriminatorio es

la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. || Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona”.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que al efectuarse un trato desigual al no incluir en el artículo 4ª de la ley 1361 del 2009 a los hombres con fundamento en alguna de las pautas citadas, se vulnera de manera manifiesta y arbitraria el Texto Fundamental.

No se vislumbra la existencia de razones de orden superior de las cuales se colija la necesidad de limitar y excluir de las causales del artículo 4a de la ley 1361 del 2009 a los hombres; tampoco hay una exposición de razones objetivas, suficientes, claras y concretas que demuestren que con la exclusión de los hombres de los efectos de la norma acusada se busque la protección de bienes jurídicos de mayor valía.

Con la expedición de la Ley 1361 de 2009 se desconoce el principio de efectividad de los derechos por cuya defensa se propende en el marco del estado social de derecho, toda vez que no existe una justificación razonada o principio de razón suficiente que permita establecer una limitación a los mismos en el marco de la Soberanía estatal, que como se destacó anteriormente, no es una noción de orden absoluto e inmodificable.

Como corolario de lo anterior, no existe un principio de razón suficiente que pueda dar cuenta de la regulación infra exclusiva que contiene la Ley 1361 de 2009, lo cual, contradice las disposiciones de la Constitución Nacional que regulan la materia.

d. La exclusión genera desigualdad negativa.

Si bien, la corte constitucional ha reiterado en su jurisprudencia *“que el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad”*. En el presente caso no encontramos materializada dicha finalidad, tras el examen del mismo a través del test estricto de igualdad.

Lo anterior como consecuencia de que en el caso objeto de la presente demanda, nos encontramos en el marco de lo que la jurisprudencia ha llamado una categoría sospechosa, *“por cuanto son potencialmente discriminatorias y por ende se encuentran en principio prohibidas”*.

En ese sentido, concretamente, en la ley de protección integral de la familia se ubica en el marco de la discriminación por razones de origen de sexo, enunciada expresamente por la corte constitucional dentro de los criterios que se configuran como categorías sospechosas, donde la distinción que hace la ley, al incluir sólo a las mujeres y no a los hombres como sujetos de protección en caso de ser víctimas de cualquier tipo de violencia que atente contra su seguridad es abiertamente inconstitucional, ya que el trato diferenciado a razón del sexo no tiene ninguna finalidad.

De acuerdo con la fórmula prevista en el artículo 13 C.P., el sexo se constituye en categoría sospechosa de discriminación, lo que implica que todo tratamiento diferencial fundado en este criterio se presume como discriminatorio a menos que pueda justificarse a partir de un test estricto de proporcionalidad.

Por otro lado, esta Corte definió la discriminación en la sentencia T- 098 de 1994 como:

“... un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...) El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales, también dijo que

Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona". La finalidad de su prohibición es impedir que se menoscabe el ejercicio de los derechos a una o varias personas ya sea negando un beneficio o privilegio, sin que exista justificación objetiva y razonable. De otra manera, efectuar un trato desigual conlleva una vulneración general, manifiesta y arbitraria de la Constitución, momento en el cual el juez constitucional debe efectuar un análisis con el objetivo de establecer sus causas y, como consecuencia, definir la irregularidad."

Corolario de lo anterior es que el artículo 4ª de la ley 1361 del 2009 da lugar a que se configure un tratamiento discriminatorio en contra de los hombres, que claramente quedan excluidos de los efectos del precepto acusado, muy a pesar de las pretensiones de la normatividad colombiana en cuanto a protección de poblaciones vulnerables.

Debe tenerse en cuenta que el derecho a la igualdad se garantiza no sólo con la materialización de la igualdad ante la ley, sino también con la igualdad de trato, que implica que la ley no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual; lo cual se presenta cuando las diferencias de trato fijadas por la ley son irrazonables. Al respecto ha dicho la Corte que:

"[El artículo 13 constitucional que] reconoce la igualdad ante la ley a todas las personas, consagra ante las autoridades los derechos a la igualdad de protección y a la igualdad de trato, y reconoce a toda persona el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación con base en criterios de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Se trata pues de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas. Este derecho se desconoce cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. En este caso se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables (...)

Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que ésta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. La igualdad de protección consagrada en la Constitución de 1991 asegura, efectivamente, "gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades" (art. 13). Esta dimensión del principio de igualdad, por tanto, es sustantiva y positiva. Es sustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección. Para saber si esta dimensión del derecho a la igualdad ha sido violada es preciso constatar el grado efectivo de protección recibida a los derechos, libertades y oportunidades, y en caso de existir desigualdades, establecer si se han adoptado medidas para superar ese estado de cosas y cumplir así el mandato de la Carta Política. No basta con saber si el derecho se aplicó de forma diferente en dos casos en los que se ha debido aplicar igual o si el derecho en sí mismo establece diferencias no razonables, se requiere determinar si la protección brindada por las leyes es igual para quienes necesitan la misma protección."

En el caso del artículo 4ª de la ley 1361 del 2009 se hace patente que al tratarse de una regulación exclusiva en cuanto a las mujeres y dejando excluidos a los hombres de los efectos de la norma acusada, se desconoce el principio de efectividad de los derechos de las poblaciones en estado de vulnerabilidad titulares de protección especial, en este caso los hombres, evidenciándose así la configuración de un tratamiento discriminatorio desde

el punto de vista normativo, donde subyace el sexo como categoría sospechosa, desconociendo así las dimensiones del derecho a la igualdad anteriormente enunciadas.

Corolario de todo lo anterior y con el fin de sustentar lo ya enunciado, se procederá a la aplicación del test estricto de igualdad en el presente caso, desarrollando cada uno de los pasos que ésta Honorable Corporación ha fijado para ello.

d-1. Test Estricto de Igualdad (Juicio ponderado de igualdad)– Aplicación al caso del art 4a ley 1361 del 2009.

En materia de categorías sospechosas, la Corte Constitucional ha sido clara al afirmar la necesidad de aplicar un test estricto de igualdad a fin de establecer con claridad que dichas categorías dan lugar a un tratamiento discriminatorio inadmisibles dentro del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, se tiene que:

“la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.”

En el caso objeto de la presente demanda, es evidente que la regulación exclusiva contenida en el artículo 4ª de la Ley 1361 de 2009 no solamente involucra el sexo como categoría sospechosa propia de aquellas enumeradas en el inciso 1 del artículo 13 constitucional, sino que, además, la omisión legislativa relativa que aquí pretende demostrarse genera efectos negativos para una comunidad de especial protección y manifiesta vulnerabilidad en nuestro país como son los hombres víctimas de violencia intrafamiliar, toda vez que deja de lado el principio de efectividad de su derechos.

Ahora bien, en la aplicación del test estricto como tal, se han de agotar los siguientes pasos para efectuar el análisis de constitucionalidad y constatar si efectivamente la norma aquí demandada genera por vía de la omisión legislativa relativa una discriminación de carácter negativo:

“Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.”

1. El fin de la medida debe ser legítimo e imperioso.

El primer paso del juicio se preocupa por establecer si la medida busca una finalidad constitucional. En ese sentido, el fin de la ley 1361 del 2009 es la protección integral de la familia

Lo anterior encuentra sustento en el Estado Social de Derecho, en donde el Estado busca dar efectividad a los derechos de los individuos sometidos bajo su jurisdicción de forma tal que frente a “legítimos intereses de la sociedad en conjunto, también son legítimos los intereses individuales”.

La protección de cada uno de los miembros de la institución de la familia debe ser un fin legítimo en un estado social de derecho, el hombre ha sido un elemento común en la familia tradicional colombiana, la violencia de genero hacia el hombre no ha sido un tema de amplio estudio por la doctrina, debido a que nos encontramos en una sociedad machista, donde

los hombres que denuncian este tipo de maltratos son vistos como débiles, pero esto no es motivo para dejar desprotegidos a las mujeres que se animen a denunciar. Al excluir de los efectos proteccionistas de la norma acusada al hombre, se estaría incurriendo en graves violaciones de derechos humanos y tratados de derechos humanos, que preceptúan la obligación de los estados a proteger los derechos a la vida, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la igualdad.

2. El medio escogido debe ser adecuado, conducente

En el segundo punto del examen de igualdad, se debe examinar si la medida es adecuada respecto a su finalidad. Como se ha dicho antes, la ley 1361 del 2009 en su artículo 4a fue pensada para implementar medidas que protejan a la familia. De forma tal, que si bien con la expedición de dicho artículo se procuró dar cumplimiento a una finalidad proteccionista resulta insuficiente y al mismo tiempo discriminatorio al no incluir como sujeto de protección al hombre víctima de violencia intrafamiliar, sexual o cualquier tipo de violencia que afecte su seguridad, consiguiendo ser exclusiva con relación a una parte de los miembros de la familia y dejando por fuera de esta protección a los hombres, que según la conceptualización de la corte, son un elemento de la institución de la familia.

En ese sentido, el medio escogido, es decir, la ley 1361 del 2009 en su artículo 4a, no es adecuado ni conducente para brindar una regulación y protección integral a la familia, ya que al ser una regulación infra exclusiva, no conduce a la protección de la totalidad de los individuos pertenecientes a la institución de la familia.

3. El medio escogido debe ser necesario.

En el tercer paso se examina la necesidad de la utilización de esos medios para lograr el fin. Sobre esto, era claro para el legislador la necesidad de implementar medidas que protejan a la familia. Con la ley expedida si bien se brindó una protección a las mujeres, se dejó sin protección a los hombres ya que estarían obligados a participar en planes de intervención familiar propuestos por la norma acusada, en este sentido se encontrarían en situación de manifiesta vulneración y desprotección.

La exclusión de los hombres de los beneficios de la norma acusada no tienen ningún sustento factico ni jurídico, en cuanto al incluirlos dentro de la protección de la norma acusada, no afecta ningún otro derecho ni transgrede derechos de otras comunidades.

4. Juicio de proporcionalidad estricto sensu.

El test finaliza con la evaluación de la proporcionalidad *estricto sensu* de la medida. Lo que se traduce en comprobar que no hay un sacrificio de valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.

La ley 1361 en su artículo 4a incumple el postulado constitucional de garantizar a los hombres su igualdad frente a las mujeres, en tanto no hay una razón de orden público para la exclusión de la protección que brinda su texto normativo a ellas. Así mismo tampoco median razones objetivas y razonables que justifiquen la omisión. Además, no existe en el marco jurídico colombiano, norma que de forma alguna resuelva el interrogante cuando se debe dar un trato diferenciado a las mujeres por lo que era imperiosa su inclusión dentro del artículo 4a de la ley 1361 del 2009. Sacrificando de esta manera su igualdad en la garantía de sus derechos con el alcance extendido que le ha dado los diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que el derecho a la igualdad es de obligatorio cumplimiento, tal como se demostró en parágrafos anteriores, no existe un principio de razón suficiente para excluir a los hombres de los alcances de la regulación contenida en la Ley 1361 de 2009 artículo 4a, se termina sacrificando el principio de efectividad de los derechos de todos los habitantes del territorio colombiano al lesionar el derecho fundamental a la igualdad en cabeza de los hombres.

Lo anterior implica que el sacrificio del principio de efectividad de los derechos y del trato en condiciones de igualdad de los hombres no redundan en algún tipo de beneficio comprobable; en otras palabras, con las medidas contenidas en la Ley 1361 de 2009 artículo 4a no se reporta ningún tipo de "contraprestación" que pueda llegar a justificar la exclusión de los derechos de los hombres por vía de la omisión legislativa relativa.

e. Incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

En cuanto a éste punto, la honorable corte constitucional ha establecido como presupuesto esencial de procedencia del cargo por omisión legislativa relativa, la existencia de un incumplimiento por parte del legislador de un deber constitucional específico, de manera que por vía de tal incumplimiento se configuren regulaciones infra exclusivas que lesionan los contenidos de la carta política.

En ese sentido, jurisprudencialmente se ha establecido que "(...) el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión está ligado, cuando se configura, a una **"obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta."**

Por otro lado, dicho deber u obligación de hacer por parte del legislador debe revestir unas características esenciales para que por vía de su pretermisión se configure la omisión legislativa relativa:

"... para que de un deber surja una omisión inconstitucional es necesario, en las democracias donde se permite al juez constitucional controlar no sólo actos sino omisiones, que este deber tenga ciertas características. Habrá de ser específico, no genérico; tiene que ser concreto, no indeterminado; su contenido no puede ser tan abstracto como un principio sino consistir en un mandato expreso al legislador para que expida un acto definido; y, el plazo para cumplir dicha obligación debe ser claro usualmente porque la Constitución lo ha fijado

(...)

para que del reconocimiento de un deber general surja una omisión inconstitucional es indispensable que no haya otros deberes, derechos, fines, o valores también de orden constitucional que colisionen con dicho deber. De existir colisión, es preciso ponderar y armonizar las normas superiores en conflicto lo cual incidirá en los alcances y efectos del deber jurídico.

Corolario de lo anterior es que desde la perspectiva de los artículos 1, 13 y 43 de la Constitución Política, junto a los tratados internacionales que se integran al Bloque de Constitucionalidad en sentido lato, es claro que existe una obligación específica y concreta en cabeza del legislador de proteger por igual a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, así, se tiene lo siguiente:

PIDCP. Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

CADH. Aprobado mediante Ley 16 de 1972.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Observación General No. 18. del Comité de Derechos Humanos (1989).

1. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De las disposiciones anteriormente referenciadas (y que por su naturaleza se integran al bloque de constitucionalidad), se desprende con meridiana claridad el deber del Estado de brindar igual protección a todas las personas que habiten su territorio a través de sus distintas instituciones y poderes, donde el legislador juega un papel fundamental porque es a través de la leyes que se concretan y materializan mecanismos efectivos que garantizan ese deber de protección en el marco de las finalidades del estado social de derecho, en especial, en materia de efectividad de los derechos.

Consecuencia de lo anterior es que el estado, a través de sus instituciones y, en éste caso, de la ley, debe propender por dar cumplimiento cabal a cada uno de los postulados en materia internacional arriba enunciados, no solo en cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda*, sino en desarrollo de los postulados y principios sobre los que se fundamenta el Estado Social de Derecho.

SECCIÓN CUARTA – ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA.

I. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda en virtud artículo 241 de la Constitución Política colombiana por medio del cual se “confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los escritos y precisos términos de este artículo”, y dentro de esta norma, en el numeral cuarto (4to) tiene la función de “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”

II. Cosa Juzgada Constitucional.

En cuanto al artículo 2do de la ley 1361 del 2009, Si bien es cierto la honorable corte constitucional estudio la norma acusada y profirió la sentencia C-577 del 2011 en donde se declara inhibida, pues esta normativa reproduce un precepto constitucional y la honorable corte no es competente para esta clase de exámenes constitucionales, en el presente caso se propone como concepto de violación la prevalencia de los tratados internacionales frente a el ordenamiento interno, siendo competente la corte para determinar el alcance de las normas acusadas, la corte se ha manifestado reiteradamente en lo que concierne al alcance y los efectos de la cosa juzgada, cuando la Corte declara la exequibilidad de una norma, la jurisprudencia de la Corte ha realizado diferenciaciones entre la configuración de cosa juzgada (i) formal, (ii) material, (iii) absoluta y (iv) relativa. A este respecto, la Corte ha señalado que el alcance y los efectos de la cosa juzgada constitucional no son siempre iguales y que existen varios tipos, que pueden incluso modular el alcance y los efectos vinculantes del fallo. Así, la cosa juzgada constitucional puede ser: i) formal, cuando se predica del mismo texto normativo que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte; ii) material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual; iii) absoluta, en tanto que, en aplicación del principio de unidad constitucional y de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, se presume que el Tribunal Constitucional confronta la norma acusada con toda la Constitución, por lo que, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, en aquellos casos en los que la Corte no limita expresamente la cosa juzgada, se entiende que hizo una comparación de la norma acusada con toda la Carta Política, y iv) relativa, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior.

En lo que concierne a la cosa juzgada relativa, la jurisprudencia ha previsto determinados supuestos en los que los efectos de la cosa juzgada carecen de carácter absoluto. En estos eventos, la Corte puede volver a pronunciarse sobre una disposición legal acusada nuevamente respecto de la cual ya ha existido un pronunciamiento previo por parte de la Corporación, siempre y cuando dicho pronunciamiento se haya circunscrito a determinados problemas jurídicos constitucionales que no coinciden con los problemas planteados por el nuevo estudio de constitucionalidad. Lo anterior, con el fin de hacer efectiva la vigencia del principio de supremacía constitucional (Art. 4º C.P), que incorpora la necesidad de que la

totalidad del ordenamiento jurídico se ajuste a las disposiciones de la Carta Política. El fenómeno de la cosa juzgada relativa se configura entonces, cuando la Corte restringe de manera expresa el análisis de constitucionalidad de la norma a la materia que fundamentó el concepto de la violación. Esta restricción implica que puedan promoverse nuevas demandas de inconstitucionalidad, con la condición de que versen sobre problemas jurídicos distintos a los que en su momento tuvo en cuenta este Tribunal.

La honorable corte constitucional se ha manifestado sobre el alcance de la cosa juzgada de las declaratorias de exequibilidad, respecto de lo cual la Corte ha establecido que: i) la intangibilidad del fallo puede limitarse de manera expresa o implícita por la Corte a los cargos y problemas constitucionales allí decididos (cosa juzgada relativa), ii) su declaratoria se limita a imprimir seguridad jurídica para que los operadores jurídicos continúen aplicando la disposición y, iii) la competencia de la Corte para estudiar una nueva demanda contra esa misma ley podría verse sujeta, o bien al cambio de norma constitucional en la que se fundamentó el estudio de constitucionalidad, a la modificación de la norma legal formal o material, o bien a la modificación del contexto jurídico, social o económico en la que fue objeto del control de constitucionalidad.

Dicho lo anterior estamos frente a la causal 1 en cuanto la corte es competente para estudiar nuevamente la demanda contra la norma acusada debido a que el cargo expuesto es totalmente diferente (art 93 de la constitución) respecto al estudio que se hizo en la sentencia c-577 del 2011.

Respecto del artículo 4ª de la ley 1361 del 2009 No existe cosa juzgada en el presente caso, pues hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo cual procede un pronunciamiento de fondo al respecto.

SECCIÓN QUINTA – DISPOSICIONES FINALES.

I. Trámite.

El trámite que debe seguir la presente demanda es el señalado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que a la fecha se hayan proferido en relación con las demandas como la que se presenta.

II. Principio Pro Actione.

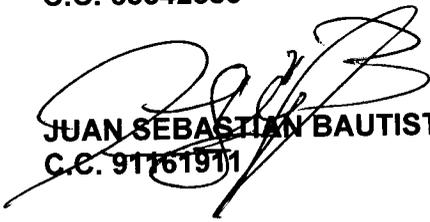
Consideramos que la demanda cumple con los requisitos de admisión ya que las razones expuestas son claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional. En caso de que la Corte no considere que sea así, les solicitamos a los Honorables Magistrados aplicar el Principio Pro Actione.

III. Notificaciones.

Las recibiré en la calle 8 no 7-64 barrio el Prado, Rionegro- Santander
Email: juanse0915@hotmail.com

De los Honorables Magistrados,

SONIA ELIZABETH REYES
SONIA ELIZABETH REYES QUINTERO
C.C. 63342583


JUAN SEBASTIÁN BAUTISTA ARCINIEGAS
C.C. 91761971

HONORABLE
CORTE CONSTITUCIONAL

SONIA ELIZABETH REYES
QUINTERO C.C. # 63342583
02 - NOV - 2018
X SONIA ELIZABETH REYES

Secretaría



HONORABLE
CORTE CONSTITUCIONAL

JUAN SEBASTIAN BAUTISTA
ARCINEGAS C.C. # 91161911
02 - NOV - 2018

Secretaría

