



INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 29 DE 2015 SENADO.

**Por la cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se
modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones.**

Bogotá, D. C, septiembre de 2015

Doctor
MANUEL ENRÍQUEZ ROSERO
Presidente
Comisión Primera Constitucional Permanente
Senado de la República

Ciudad

Respetado señor Presidente:

Por decisión de la Mesa Directiva de la honorable Comisión Primera del Senado me ha correspondido presentar ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 29 de 2015 Senado, por la cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones, que me permito rendir en los siguientes términos:

1. Objeto

Según la exposición de motivos presentada el proyecto tiene por objeto regular legalmente el matrimonio entre parejas del mismo sexo, de conformidad con el principio de dignidad humana, igualdad y pluralismo que establece la Constitución Política de Colombia.

2. Justificación

¿El problema de fondo relativo a los derechos del hombre hoy no tanto el de justificarlos, sino cómo protegerlos. No es un problema filosófico, sino político¿.

Bobbio.

En el mundo contemporáneo de los derechos humanos, se presenta una discusión actual sobre un grupo de derechos que en algún momento estuvieron presentes o simplemente se originan como una extensión a los derechos humanos reconocidos a partir de 1948, este grupo de nuevos derechos se conocen como ¿derechos emergentes¿ los cuales surgen bajo el impulso del Institut de Drets Humans de Catalunya, el cual, bajo el diálogo del Foro Universal de las Culturas de Barcelona 2014, convocó a un grupo de pensadores políticos para enfrentar los grandes retos de la sociedad civil del siglo XXI, respondiendo a las nuevas necesidades que dicha, presenta por el nuevo modelo de sociedad y valores que se han ido tejiendo alrededor de nuevos comportamientos sociales y culturales. En el Foro se expidió la declaración de ¿Derechos Humanos, Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos¿[1][1].

Gloria Ramírez participante del foro, afirma que los nuevos derechos son ¿un conjunto de derechos que por un lado emergen después de haber sido ¿sumergidos¿ por el olvido, la indiferencia y el menosprecio por parte de los Estados y el conjunto del sistema internacional; y por otro lado, son todos aquellos derechos que surgen ante la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas¿[2][2].

Los derechos emergentes tienen su eje ideológico desde una nueva concepción de dignidad aceptando posturas kantianas cuyas implicaciones se manifiestan en que no puede existir ningún tipo de discriminación, explotación o abuso.

El artículo 1º de la Declaración de derechos emergentes establece que la dignidad como la posibilidad que tiene el individuo, de decidir sobre su propia vida, como poder elegir, como vivir, características ligadas al principio constitucional de la libertad, convirtiéndose en un deber y una obligación de los Estados, la garantía de la libertad de los ciudadanos donde estos puedan desarrollarse plenamente y en armonía con los demás.

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



las personas o las situaciones no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, similitudes o diferencias, desde cierto punto de vista[3][3].

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

Al ser diferente el trato respecto de unos y otros ciudadanos que exhiben una orientación sexual diferente, sin que medien argumentos basados en la razonabilidad, proporcionalidad y objetividad tal como lo exige la Corte Constitucional[4][4], se configura una clara discriminación directa en sentido formal y material[5][5], sin que alcance esta limitación el umbral de la aplicación del test de igualdad estricto, medio o leve[6][6] y el llamado juicio de proporcionalidad[7][7], y que además constituye un criterio sospechoso, definido:

¿Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que ¿(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales¿[8][8].

En nuestro país, y a pesar de lo consagrado en la Constitución de 1991, ha sido una constante, la discusión en torno al déficit ostensible que experimentan las parejas del mismo sexo, en relación a sus derechos, pese al catálogo de Derechos Fundamentales que irradian con claridad de la Carta Fundamental de manera explícita entre estos: la dignidad humana, artículo 1, la igualdad, artículo 13, el libre desarrollo de la personalidad, artículo 16, a conformar una familia, artículo 42 y a la seguridad social, artículo 48. Y de manera implícita, en diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia, que integran el bloque de constitucionalidad[9][9]. Prueba de ello es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se infiere del buen entender del artículo 23.2 que se lee: ¿se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello¿, y que no permite entender que la institución del matrimonio y de la familia está única y exclusivamente creada para parejas heterosexuales.

Bajo este marco constitucional y con el surgimiento de las nuevas tendencias constitucionales de derechos humanos, la Corte Constitucional como órgano de cierre o límite de la jurisdicción constitucional al ejercer el control constitucional a favor de las personas que presentan esta orientación sexual, se ha manifestado de diversas maneras en su línea jurisprudencial sobre los derechos de las personas homosexuales, en la Sentencia C-075 de



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

2007 concedió algunas pretensiones negadas con anterioridad a este grupo de personas por el Alto Tribunal, fueron protegidas a las parejas homosexuales, relacionadas sucintamente por la Sentencia C-577 de 2011, así: ¿En dicha sentencia se decidió declarar exequible la Ley 54 de 1990, ¿por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes¿, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, ¿en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales¿, dado que ¿es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección, exclusivamente para las parejas heterosexuales¿.

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

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

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



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

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

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

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

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

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



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Disposiciones que bien pueden ser sacadas del ordenamiento jurídico u objeto del control constitucional especial aplicando la figura de la excepción por inconstitucionalidad. Evitándose así la flagrante vulneración a los Derechos Fundamentales de las personas homosexuales, que aun cuando sean minoría, merecen de una especial protección constitucional, propia de un Estado pluralista, democrático, incluyente, laico y respetuoso de las garantías individuales, siguen vigentes e integran nuestro derecho positivo.

Ahora bien, lo relevante para el presente asunto, es determinar lejos de cualquier equivoco que las parejas del mismo sexo tienen derecho a optar por la materialización de la institución del matrimonio, entendido como un contrato solemne que cambia el estado civil de los contrayentes y a constituir una familia ¿sin que sea la familia monogámica la única protegida constitucionalmente.

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

Bajo estos preceptos constitucionales, se hace necesario reconocer en igualdad los derechos de las personas, sin distinción, pues el no reconocimiento estaría contrariando los fines esenciales del Estado.

3. Proposición

De acuerdo con las anteriores consideraciones, me permito solicitar a la honorable Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República dar primer debate al Proyecto de ley número 29 de 2015 Senado, por la cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el Código Civil y se dictan otras disposiciones, de acuerdo al articulado del proyecto original.

Atentamente,

**CONSULTAR NOMBRE Y FIRMA EN ORIGINAL IMPRESO O EN
FORMATO PDF**

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA

Senador de la República



[1][1] Declaración de los Derechos Humanos Emergentes, en Institut de Drets Humans de Catalunya http://www.idhc.org/esp/1241_ddhe.asp#estructura (14/09/08), párrafo 1.

[2][2] Gloria Ramírez: De la Declaración Universal de los Derechos Humanos del siglo XX a la Carta de los Derechos Humanos Emergentes del siglo XXI; en, Institut de Drets Humans de Catalunya, http://www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Ramirez.pdf (14/09/08).

[3][3] Sentencia C-748 de 2009 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[4][4] Ver entre otras las Sentencias de la honorable Corte Constitucional C-221 de 1992, C-430 de 1993, T-230 de 94, C-445 de 1995, C-022 de 1996. T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000.

[5][5] Sentencia honorable Corte Constitucional T- 593 de 2006 M. P. Doctora Clara Inés Vargas Hernández.

[6][6] Sentencia honorable Corte Constitucional T- 577 de 2005 M. P. Doctor Humberto Sierra Porto.

[7][7] Sentencia honorable Corte Constitucional C-093 de 2001 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[8][8] Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además, entre otras, las sentencias T-098 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 del 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[9][9] Definido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-225 de 1995 con la ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero: ¿Se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas y por mandato de la misma Constitución¿. Así mismo dentro del principio de la supremacía y preeminencia de la Carta Fundamental, enmarcado en la Sentencia C-560 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz: ¿La integridad y supremacía de la Constitución ha sido considerada como ¿un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas se concede a ellas por la Constitución para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas¿.



“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”