



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

El Referendo y los derechos de las Parejas del mismo Sexo (PMS) en Colombia¹.

Andrés Felipe Sacristán León²
Universidad Católica de Colombia

Resumen

El presente artículo expone un análisis frente a la problemática de vulneración del derecho a adoptar por parejas del mismo sexo a través del referendo propuesto en el año 2016 en el cual se pretendía que este derecho fuese única y exclusivamente por parejas conformadas por hombre y mujer. Dicho Referendo tiene fundamentación jurídica en que este derecho solo les debe ser concedido a las familias integradas por hombre y mujer y por ende buscaba la modificación del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991. De esta forma surge el interrogante ¿Cómo se vulneran los derechos de las PMS (parejas del mismo sexo) desde el referendo propuesto en el Proyecto de Ley 01 de 2016?. A partir del presente análisis se compilará la Jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional invocando temáticas como la diversidad sexual y los derechos que se le han otorgado a la población LGBTI. De igual manera, se estudiará la omisión legislativa en un marco jurídico constitucional, las características del referendo como mecanismo de participación democrática y finalmente presentaremos una revisión frente a los derechos de las PMS, y la vulneración de los mismos frente a la posibilidad de que estos derechos sean

¹ Trabajo para optar por el título de Abogado vinculado al proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo B por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. El director es el profesor Jaime Alfonso Cubides Cárdenas, Docente Investigador y Líder del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co.

² Estudiante de Derecho con plan de estudios finalizado, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil N° 2107777. Correo electrónico: afsacristan77@ucatolica.edu.co.

legislados a través de las decisiones de las mayorías que por lo general han discriminado y sancionado las preferencias sexuales de la comunidad LGBTI y desconocer de manera flagrante sus derechos.

Palabras clave: Parejas del mismo sexo, omisión legislativa, Referendo, Participación ciudadana, Democracia Participativa.

Abstract

The following article presents the analysis of the problematic violation of the right to adopt by same sex couples via the referendum proposed in the year 2016, in which it was intended to be solely a right pertaining to couples composed of a man and a woman. Such referendum based its legal foundation in such manner that this right to adopt would only be granted to couples formed by a man and a woman, and hence sought the modification of the article 42 from the Colombian Political Constitution of 1991. Therefore, the following question arises: How are same-sex-couples' rights violated since the proposed referendum in the Project of Law 01 from 2016? From this analysis, the case law emitted by the Constitutional Court, which invokes themes such as sexual diversity and the rights granted to the LGBTQ community, will be compiled. Likewise, we will study in detail the legislative omission within a constitutional legal framework, the referendum's characteristics acting as a democratic participation tool, and lastly we will present a review of same sex couples' rights and the violation of these, in the face of the possibility that these rights may be legislated through the decisions taken by a large group of the population who has, in general, discriminated and sanctioned the sexual preferences of the LGBTQ community while disregarding their rights in a flagrant way.

Key words:

Same-sex-couples, legislative omission, referendum, citizen participation, democratic participation.

sumario

1. Reconocimiento de derechos de la Corte Constitucional a PMS.
 - Régimen patrimonial entre compañeros permanentes del mismo sexo.
 - Reconocimiento de pensión de sobreviviente a pareja del mismo sexo.
 - Política pública de las PMS.
 - Matrimonio Igualitario entre PMS.
 - Adopción por PMS
 2. Sentencia C577 del 2011. Formalización y solemnización del vínculo marital entre PMS.
 3. Referendo en Colombia.
 - Marco Jurídico del Referendo.
 - Referendo aprobatorio constitucional.
 4. Proyecto de ley 01 del 2016.
 5. Parejas del mismo sexo en Colombia.
- Conclusiones.
- Referencias.

Introducción

El reconocimiento de los derechos de las PMS ha tenido un avance significativo en Colombia, en gran parte gracias a la intervención de la Corte Constitucional de Colombia que jurisprudencialmente ha promovido la igualdad bajo un criterio constitucional. Sin duda alguna este es el resultado de una lucha de movimientos sociales que han buscado la reivindicación de sus derechos desde hace muchos años.

Dichos avances constituyen una visión pluralista, así mismo se ha avanzado en temas a partir de la discriminación por motivos de orientación sexual, frente a una clara omisión legislativa en un marco jurídico constitucional que sin embargo existe un factor político que bajo un discurso “discriminatorio” se opone al reconocimiento de derechos de las PMS y ha visto en el referendo una herramienta jurídica para desconocer los derechos de esta población. Así, de esta manera este artículo pretende analizar el interrogante ¿Cómo se vulneran los derechos de las parejas del mismo sexo desde el referendo propuesto en el Proyecto de Ley 01 de 2016?

Este artículo analiza y plantea la inconveniencia de someter una decisión que afecta exclusivamente a una minoría como lo es la comunidad LGBTI, a la participación democrática de todos los ciudadanos teniendo en cuenta que Colombia es un país donde se presenta una alta discriminación frente a la diversidad en materia de orientación sexual.

La importancia de este análisis radica en establecer si el referendo puede ser usado como instrumento para desconocer derechos de las PMS, como es el caso del Referendo propuesto por la senadora Viviane Morales, que busca que se retroceda en el ámbito de reivindicación de derechos a la comunidad LGBTI, aun cuando el Congreso de la República de Colombia evadió el tema durante muchos años, por lo que le correspondió a la Corte Constitucional ocuparse del tema.

1. Reconocimiento de derechos de la Corte Constitucional a parejas del mismo sexo.

El reconocimiento de derechos a las PMS en Colombia se ha realizado por medio de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana, ya que estos temas nunca han sido abordados por el Congreso, en este caso las PMS han recibido pronunciamientos de distinta índole por parte del máximo tribunal Constitucional donde ha promovido la igualdad de acuerdo a lo establecido en la Constitución de 1991.

A continuación, se realizará un análisis a los derechos más relevantes concedidos a las PMS; a saber:

i) Régimen patrimonial entre compañeros permanentes del mismo sexo:

Una demanda de inconstitucionalidad dio lugar a que la Corte Constitucional dispusiera la necesidad de reiterar que no puede haber algún tipo de discriminación por la orientación sexual que presenten los individuos; así que mediante el siguiente análisis, hace extensivo el régimen patrimonial entre compañeros permanentes a las parejas del mismo sexo, siempre y cuando acrediten los requisitos planteados en la ley, tal como lo se encuentra en la sentencia C-075 de 2007³:

No puede perderse de vista que el objeto de la ley es atender a la disposición del patrimonio conformado durante el tiempo de cohabitación en los eventos en los que la misma termine por cualquier causa. En ese contexto, el régimen legal tiene dos manifestaciones centrales: Por un lado, se establece la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por otro, aunque concebida desde una perspectiva probatoria, se contempla la posibilidad que tienen los integrantes de la pareja, a partir de la convivencia mantenida por un período de al menos dos años, de acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario o en el escenario de una conciliación. Independientemente de la motivación original de la ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de las hipótesis de desamparo que en materia patrimonial puedan surgir cuando termine la cohabitación. En esa perspectiva, se reitera,

³ Ver más: Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007 : Demanda de constitucionalidad contra los apartes del artículo 1 de la Ley 54 de 1990, específicamente a los apartes de un hombre y una mujer, que excluyen de manera expresa a las parejas del mismo sexo, de la posibilidad de establecer una unión permanente y un régimen patrimonial derivado de las misma.

mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio (Corte Constitucional, Sentencia C075, 2007, p.60).

Esta sentencia además reconoce que a pesar de que la discriminación de las personas debido a su orientación sexual es abiertamente inconstitucional, no se ha reconocido jurídicamente las relaciones entre parejas del mismo sexo en Colombia, por lo que se ha desprotegido a esta minoría, desconociendo derechos fundamentales.

El autor Sarmiento (2009), realiza un análisis íntegro del significado del pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia de Régimen patrimonial entre parejas del mismo sexo:

“El resultado de la sentencia se reduce, entonces, a que, para efectos de la declaratoria de unión marital de hecho, cualquier pareja del mismo sexo pueda “acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario”. Los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Cabra Monroy y Nilson Pinilla Pinilla aclaran su voto, mientras que el magistrado Jaime Araujo Rentería salva el suyo y expone que “en esta sentencia se parte del supuesto de que el problema de discriminación contra los homosexuales es un problema meramente económico, ni siquiera civil, pues el término ‘efectos civiles’ es, a mi juicio, mucho más amplio que lo meramente patrimonial, pues incluye por ejemplo el matrimonio, la adopción, la sucesión, la custodia de los hijos, entre otros temas” (p.62).

Como lo indica el autor anteriormente citado, se empieza a dilucidar que el reconocimiento de derechos de las PMS, es una cuestión que va más allá de lo económico, por lo que se debe hacer un análisis de muchos escenarios que ni siquiera han sido mencionados en el Congreso.

ii) Reconocimiento de pensión de sobreviviente a pareja del mismo sexo:

La pensión de sobrevivientes está regulada por la Ley 100 de 1993 en su artículo 47 respecto a los beneficiarios, este a su vez fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. La Corte Constitucional en su sentencia C-336 de 2008⁴, analiza la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos mencionados

⁴ La Corte Constitucional se ha referido al tema de pensiones de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo en varios de sus pronunciamientos: Sentencia T-911 de 2009, Sentencia T-051 de 2010, Sentencia C-238 de 2011.

anteriormente ya que estas limitan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo. El pronunciamiento de la Corte indica lo siguiente:

“Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género”(p.35).

Es claro, el máximo Tribunal Constitucional cuando expone que no puede darse un trato diferente a las PMS exclusivamente por su condición u orientación sexual, por lo que es claramente inconstitucional que no sea reconocida la pensión de sobrevivientes a la pareja del mismo, únicamente por que el legislador no estableció de manera clara que podían ser beneficiarias de esta, por lo que procede la Corte a hacer extensivo los efectos de esta ley a las PMS

Los autores Pulido Fajardo, & González Rodríguez (2013) describen el reconocimiento otorgado por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“El derecho a la seguridad social hace parte de los derechos sociales y económicos que toda persona debe gozar, una de las consecuencias de este derecho son las pensiones para las parejas de los asegurados fallecidos. Al incluir a la persona homosexual como beneficiaria de su compañero del mismo sexo, ratifica una vez los principios sobre los cuales se rige nuestro sistema de seguridad social integralidad; universalidad e igualdad” (p.89).

Estos son avances jurídicos que se han sostenido por parte del gran activismo de la Corte Constitucional y por adecuarse a parámetros internacionales como se ha tratado por Cubides, Grandas & González (2016) el llamado Constitucionalismo Multinivel, de la armonización de lo interno con los estándares convencionales de derechos humanos.

iii) Política pública de las PMS:

En el año 2011 mediante la sentencia T-314 de 2011, exhorta a varias entidades del Estado para que elaboren una política pública integral nacional, constante y unificada para el sector LGBTI, que permita disminuir la discriminación de la que es objeto esta población, y permita fomentar una convivencia pacífica entre todos los ciudadanos.

Esto sin duda luego de identificar durante varios años que la población LGTBI está sometida a una discriminación constante, y el Estado no ha realizado las acciones suficientes para proteger a esta minoría, y por lo tanto la vulneración de sus derechos es constante y reiterativa. En cumplimiento, de esta sentencia el Ministerio del Interior expidió un proyecto de decreto “Por el cual se adopta la Política Pública Nacional para el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales”, el cual se dio a conocer en el 2016, pero hasta la fecha no se ha formalizado.

iv) Matrimonio Igualitario entre PMS:

Este es uno de los temas que más ha causado debate en la sociedad colombiana, y como lo hemos visto en los casos anteriores la Corte Constitucional ha sido la abanderada en abordarlo inicialmente en la Sentencia C-886 de 2010, donde analiza la demanda de inconstitucionalidad la Corte se declara inhibida para pronunciarse sobre el tema, considerando que la demanda no presentaba claridad, pertinencia y suficiencia que requiere la misma para que la corporación pueda realizar un análisis completo.⁵

Posteriormente la Corte nuevamente analiza la demanda contra los mismos cargos, mediante la sentencia C-577 de 2011, donde se declara inhibida para analizar la

⁵ Para ampliar sobre PMS, se puede consultar el libro * de Romero Ramirez(2015): Romero Ramírez, O. (2015). *La Comunidad LGBTI en Colombia: Un Estudio Socio Jurídico sobre la realidad del Matrimonio*.

inconstitucionalidad de dichas normas ya que estas reproducen textualmente la Constitución, y su Inexequibilidad equivale a la supresión de un precepto constitucional. La importancia de esta sentencia radica en el exhorto que realiza la corporación al Congreso de la República para que regule el tema, para lo cual da un plazo perentorio, de no hacerlo las PMS podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. Al respecto la Corte indica lo siguiente:

“La duración del término en el cual se espera que el órgano representativo expida la regulación destinada a superar el déficit de protección depende de la importancia de la materia y en este caso la Corte observa que la ausencia de toda previsión tiene el efecto indeseable de prolongar la desprotección, pero también advierte que el Congreso requiere de un lapso suficiente para debatir un asunto controvertido y para darle el alcance que considere pertinente, de modo que la ponderación de las dos variables le permite concluir que dos legislaturas constituyen el tiempo adecuado para plantear y resolver el tema” (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011).

Esta sentencia es analizada por el autor Páez Ramírez (2013), quien describe la importancia de la siguiente manera:

“Entre las interpretaciones posibles de la sentencia C-577 de 2011 la más Razonable y constitucional indica que desde el 20 de junio de 2013 las PMS pueden formalizar sus relaciones familiares a través de contrato civil de matrimonio. La sentencia C-577 de 2011 reconoció la entidad familiar de las PMS ⁶ y le ordenó al Estado colombiano superar el déficit de protección jurídica que enfrentan. Con su expedición la Corte Constitucional buscó superar la discriminación legal de la cual han sido víctimas y elevarlas a un plano de igual dignidad frente a las demás formas de configuración familiar presentes en el territorio colombiano. Teniendo en cuenta el contenido y la finalidad de la sentencia C-577 de 2011, su parte resolutoria debe entenderse como la autorización del matrimonio entre PMS De esta forma, resulta inconstitucional cualquier interpretación dirigida a excluirlas del contrato matrimonial y relegarlas a la posibilidad de suscribir convenios maritales carentes de ese nombre” (p.255).

Sin embargo, la sentencia más contundente emitida por esta Corporación en la SU-214 de 2016 ya que en esta se realiza un análisis minucioso de la procedencia del

⁶ Aparte Sentencia C-577/11: En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales.

matrimonio igualitario entre PMS, y se aborda de manera contundente, con argumentos sólidos que le permiten a la Corte Constitucional indica en dicha sentencia:

Con el propósito de: (i) superar el déficit de protección reconocido en la Sentencia C-577 de 2011, en relación con las PMS en Colombia; (ii) garantizar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio; y (iii) amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas, la Corte extiende los efectos de su Sentencia de Unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las PMS que, con posterioridad al 20 de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil.

De igual manera, la Corte declaró que los matrimonios civiles entre PMS, celebrados en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C-577 del 20 de junio de 2011. Para la Corte, los Jueces de la República que celebraron matrimonios civiles entre PMS, actuaron en los precisos términos de la Carta Política. De conformidad con el principio constitucional de autonomía judicial, consagrado en el artículo 229⁷ de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016).

Es importante resaltar lo dicho por el autor Bernal Guzmán (2015) que refleja la importancia de los avances en materia de reconocimiento de derechos de la comunidad LGBTI:

“Colombia no puede detenerse al final del camino construido. Después de que el alto tribunal constitucional expidió una serie de sentencias garantistas que demuestra la voluntad de sus integrantes de velar por el respeto de los derechos humanos de todos los ciudadanos colombianos, en estricto cumplimiento de los principios y valores que nos definen como un Estado social y democrático de derecho en el que prevalecen la pluralidad y participación, no puede permitirse el estancamiento de la

⁷ Al respecto se señala en el Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

consolidación de nuevas formas de vida al interior del ordenamiento jurídico nacional” (p.42).

Esta sentencia da un paso muy importante, como consecuencia a los derechos que se reconoce a las PMS como es el caso del derecho a la familia. A pesar de que dicha sentencia ha sido objeto de muchos cuestionamientos es preciso aclarar que el Congreso de la Republica teniendo bajo su potestad regular el tema, este nunca lo hizo, lo que hace denotar un claro desinterés sobre el tema.

El reconocimiento de derechos a PMS, realizado por la Corte Constitucional está basado en normatividad nacional e internacional, aplicables a Colombia mediante el bloque de constitucionalidad, y permiten la reivindicación en Colombia de las personas que tienen una orientación sexual diferente (Cubides, 2011, p.25).

v) Adopción por PMS

Tomando en cuenta las posturas tomadas por la Corte Constitucional en sus sentencias emitidas anteriormente, se analiza la posibilidad de que una PMS pueda adoptar a un menor de edad, en la Sentencia C-071 de 2015 donde demandan las normas sobre adopción ya que excluyen de manera expresa a las PMS, la sentencia en su decisión sostiene lo siguiente:

“La Corte condiciona la exequibilidad de las normas sobre adopción consentida o complementaria, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las PMS cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”.

“En todo caso es necesario advertir que lo anterior no implica la existencia de un imperativo constitucional de reconocer en forma inexorable y automática este vínculo de filiación, porque ello deberá ser decidido a partir de una valoración caso a caso de acuerdo con las circunstancias que rodean a un menor y su familia. Tampoco cabe incluir en el condicionamiento la adopción consecutiva o sucesiva, esto es, la que se da en relación con el hijo(a) adoptivo(a) del compañero(a) permanente, por cuanto esta modalidad de adopción reviste unas particularidades que exigen un análisis independiente, del cual no se ocupará la corporación en esta oportunidad en la medida en que desborda el alcance de la demanda y de la presente sentencia” (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2015).

Permitir la adopción de un menor cuando la solicitud se haga por uno de los padres biológicos es aplicable, así la PMS en este sentido no podrá haber discriminación, la sentencia C-683 de 2015 reitera la posición de la Corte Constitucional que indica que no puede restringir la adopción a una pareja en razón de su orientación sexual ya que esto resulta contrario a la Constitución Política de Colombia de 1991, pero se deja claro que la corporación no está autorizando de manera directa la adopción, ya que el proceso debe ser evaluado por las entidades competentes y siempre debe primar el interés superior del menor.

Es posible concluir de acuerdo con los planteamientos jurisprudenciales expuestos que la batalla por el reconocimiento de los derechos de la LGBTI en Colombia parte de muchos años atrás. De esta forma, estos avances constituyen una visión pluralista que ha permitido cambiar la visión de la discriminación por motivos de orientación sexual.

2. Sentencia C-577 del 2011. Formalización y solemnización del vínculo marital entre parejas del mismo sexo.

La Constitución Política de 1991 constitucionalizó los cambios y transformaciones socio-culturales vividos por la sociedad colombiana a lo largo del Siglo XX, una institución jurídica consolidada es el control de constitucionalidad como lo señala Cubides & Pinilla (2016). En el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia se formula una estricta definición de familia caracterizada por su condición monogamia y heterosexualidad. La Corte Constitucional ha expresado en varias oportunidades que es un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales conformar una familia ya sea por vínculo matrimonial o por la decisión responsable de conformarla

“La sentencia C-577 del 2011 se analiza la condición heterosexual de conformación y la finalidad de procrear. El Código Civil colombiano plantea una descripción normativa del matrimonio, La razón de esta omisión legislativa es comprensible en tanto la competencia para los asuntos familiares descansaba en los preceptos de la Iglesia Católica y el legislador contemporáneo no se ha preocupado por hacer una

reforma sistemática sobre el particular y revisar el asunto de cara a los postulados de la Constitución de 1991”.

Teniendo en cuenta lo anterior la sentencia C-577 del 2011 con magistrados ponentes Gabriel Eduardo Mendoza Martelo cambia este enfoque, ya que la Corte Constitucional en esta sentencia ha expresado lo siguiente:

“La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia 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.”

De esta forma la Corte Constitucional garantiza la formación de familias por parte de PMS, además de ello, enfatiza que estas parejas tienen reconocimiento y protección constitucional, por esta razón, merecen un trato igualitario.

En relación a lo anterior expresa la Corte Constitucional, que no es posible que esta unión se garantice únicamente por el vínculo natural, sino que por el contrario las PMS pueden contraer obligaciones maritales a través de la solemnidad del matrimonio civil, así como lo hacen las parejas heterosexuales.

Es así como en dicha decisión la Corte Constitucional señala que dicha decisión debe ser tomada por el pueblo representado a través del Congreso de la Republica quien tiene que debatir este tema tan importante, por esto decide exhortar al Congreso de la Republica otorgándole un plazo para que disponga sobre este tema en particular.

“Al analizar la relación entre las parejas homosexuales y la familia, se puso de precedente que la posición tradicional de la jurisprudencia solo había reconocido como familia a la heterosexual, constituida a partir del matrimonio o de la unión marital de hecho y aun cuando ha habido protección a las PMS, sobre todo a partir de la Sentencia C-075 de 2007, esa protección no había alcanzado a variar el concepto tradicional de familia constitucionalmente protegida, (...). Lo anterior se opone a la pluralidad de familias distintas de la heterosexual que, incluso, han

hallado protección en sede de tutela, así como a la evolución del concepto de familia y a su carácter maleable, lo que llevó a considerar la variación de la interpretación tradicional del artículo 42 superior, para que responda de mejor modo a la realidad actual. Para la Corte, no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de PMS. A su juicio, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia.”(Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011)

En la sentencia C-577 del 2011, es preciso aclarar que desde el año 2007 la corte constitucional ha expedido una serie de decisiones en las cuales ha reconocido derechos a las PMS, desde ese instante se ha emprendido un proceso creciente para poder ampliar y otorgar derechos a las PMS, en cuyo camino la sentencia C-755 del 2011 se ha convertido en un gran paso en la reivindicación de la igualdad.

Mediante la sentencia C-075 de 2007 la Corte Constitucional estableció que las PMS son objeto de protección constitucional de igual forma que las parejas en "unión libre" amparadas por la Ley 54 de 1990. En múltiples sentencias subsiguientes ampliaron este precedente para cubrir otras hipótesis de protección jurídica a la vida familiar, entre las cuales se pueden destacar el acceso al sistema de seguridad social en salud (C-811 de 2007); el derecho de sustitución pensión (C-336 de 2008); el derecho y deber de alimentos (C-798 de 2008); la posibilidad de constituir patrimonio de familia inembargable, beneficiarse de diferentes formas de subsidio familiar, figurar como titulares de seguros obligatorios y participar en los programas de reparación de víctimas del conflicto armado, entre otros (C-029 de 2009); el derecho a la porción conyugal (C-283 de 2011) y la posibilidad de heredar(C-238 de 2012).

Las decisiones antes expuestas no son insuficientes al compararse con el régimen de derechos y deberes, derivado del contrato del matrimonio en las sentencias previas a la C-577 del 2011 se enmarca la unión de las PMS Como unión marital de hecho con lo

cual solo se logró que a través de esta unión marital de hecho se otorgaran derechos patrimoniales. De esta forma la Corte Constitucional ha expuesto en Sentencia C-577 de 2011 que:

“La consideración de estas uniones como familia y la protección constitucional que de ahí se desprende impiden circunscribir el amparo constitucionalmente exigido a unas medidas, por cierto importantes, pero de un claro contenido económico, que distan bastante de agotar los requerimientos de una unión estable y formalizada llamada a constituir familia, sobre todo en lo que hace al ámbito a efectivo y emocional que, de acuerdo con lo expuesto, es el común denominador de todas las familias”

De este modo, es posible concluir que, la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y con más claridad en la sentencia C-577 de 2011 ha propendido por mejorar las condiciones para el desarrollo y la conformación de una familia para las PMS. Puesto que, el Congreso de la Republica ha hecho caso omiso ante la lucha por el reconocimiento de estos derechos, atendiendo a dicha decisión, autoriza la realización de "contratos solemnes y formales" entre parejas del mismo sexo, con el fin de que puedan constituir sus familias y acceder a la protección legal dispuesta para ese tipo de organización social. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico solo el contrato civil de matrimonio tiene por objeto la constitución de una familia.

3. Referendo en Colombia.

La Constitución Política de Colombia dispuso unos mecanismos de participación ciudadana, entre ellos se encuentra el Referendo, el cual fue concebido como la forma que tiene el pueblo para reformar la constitución.

Así lo expresa el autor Araujo Rentería (2000), en su libro dedicado al análisis de este mecanismo:

El referendo busca que el pueblo decida si acepta o no una norma jurídica (una medida constitucional, legislativa, ordenanza, acuerdo, etc.). El referendo puede hacerse antes de que la norma sea proferida, o después de expedida y puede tener un carácter consultivo, suspensivo, confirmativo, abrogativo, tanto de la normatividad ordinaria como de la constitucional” (p.10).

i. Marco Jurídico del Referendo

El referendo está consagrado en la Constitución Política de 1991 en los artículos 3⁸ que desarrolla en su contenido la soberanía del pueblo, el artículo 40⁹ que explica como el ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, artículo 103¹⁰ que expone los mecanismo de participación del pueblo en ejercicio de la soberanía de la cual es titular, artículo 170¹¹ que habla sobre el referendo derogatorio, artículo 241¹² del control de constitucionalidad a la convocatoria de un referendo, artículo 307 un tipo de referendo obligatorio, artículo 374 poder del pueblo para la reforma de la constitución, 377 referendo sobre reformas constitucionales cuando estas involucren a los derechos reconocidos a los ciudadanos

⁸Al respecto se señala en los artículos: Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

⁹ Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

¹⁰ Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

Para ampliar el Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

¹¹ Artículo 170. Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocatoria de un referendo para la derogatoria de una ley.

La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral.

No procede el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la Ley de Presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias.

y 378 que indica la iniciativa del gobierno o del pueblo en la reforma de la constitución y el trámite de las mismas.

La inclusión del referendo en la Constitución Política de Colombia es descrita por las autoras Alvarado Estrada, Parada Miel, & Restrepo Gámez (2016), del siguiente modo:

“Lo fundamental de la constitución del 1991, es el cambio de la democracia representativa a la participativa; los constituyentes de la época consideraron que era importante incorporar al ordenamiento jurídico este cambio para ampliar la democracia, permitiendo la participación activa del ciudadano y sus organizaciones sociales en la toma de las decisiones a nivel nacional y/o local, con el objetivo de ejercer el control sobre las ejecuciones políticas y participar de los beneficios” (p.28).

Para reglamentar de una manera más completa los mecanismos de participación ciudadana se realizó un desarrollo legal alrededor de los mismos, que se encuentra en la ley 134 de 1994 que desarrolla de manera completa el planteamiento de la Constitución Política sobre democracia participativa, en el caso del referendo se regula el aprobatorio, derogatorio y el referendo constitucional bajo el cual a iniciativa del gobierno o de los ciudadanos, el congreso puede someter una ley a referendo para que los ciudadanos decidan si aprueban o no dicho proyecto.

De igual manera la sentencia C-180 de 1994 donde se analizó de oficio la ley estatutaria que reglamentaba los mecanismos de participación ciudadana, en esta la corporación expresa lo siguiente:

“El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual” (p.01).

La Ley 1757 de 2015 Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, que especifica de una manera más clara la forma en que se llevaran a cabo los trámites para ejercer mecanismos de participación democrática.

Todo esto nos permite visualizar el desarrollo de la democracia participativa y los mecanismos que se desarrollaron para el ejercicio de la misma en la Constitución de 1991, entre estos el referendo.

ii. Referendo aprobatorio constitucional:

El último título de la Constitución Política de 1991 (Título XIII) está dedicado a la reforma de la Constitución. Del artículo 374 al artículo 379. El artículo 374 de la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o por el propio pueblo mediante referendo.” Y por lo tanto el artículo 375 dispone:

“**Artículo 375.** Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero”.

En esta modalidad los ciudadanos aprueban de manera directa la reforma constitucional que se propone en el proyecto legislativo promovido por iniciativa popular por la demora o no aprobación del Congreso de dicho proyecto, la otra modalidad está consagrada en el artículo 378 que dispone lo siguiente:

“**ARTICULO 378.** Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral”.

En esta modalidad el Gobierno, o un grupo de ciudadanos no menor al 5 por ciento del censo electoral, presentan el proyecto de ley de convocatoria de referendo al Congreso para realizar la reforma constitucional. El Congreso entra a debatir el referendo, pero no puede hacerle modificaciones sustanciales al temario o al articulado este es el que realiza la convocatoria para llevar a cabo el referendo.

Los autores Sánchez Vera, & Contreras Vargas (2012), realizan su análisis del significado del referendo constitucional aprobatorio:

“Por su parte el referendo aprobatorio, cuya regulación se encuentra en el artículo 378 de la Constitución, se da cuando el Congreso de la Republica somete a decisión popular un proyecto de reforma constitucional presentado por iniciativa del gobierno o de un número de ciudadanos igual o superior a un 5% del censo electoral existente en la fecha respectiva, proyecto que se debe incorporar a una ley. Para aprobar la reforma a la Constitución por esta vía, se requiere voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de estos exceda de la cuarta parte del censo electoral” (p.59).

La ley de convocatoria del referendo debe pasar por las etapas de aprobación de la ley de convocatoria, control de constitucionalidad de la misma por la Corte Constitucional y posteriormente si será llevada a cabo la votación de los ciudadanos que decidirán si aprueban o no la reforma constitucional.

Al respecto de la ley de convocatoria, el autor Hernández M. (2000), realiza las siguientes precisiones:

“La convocatoria al pueblo para que apruebe una reforma constitucional a través de referendo es hecha por el Congreso de la Republica a través de una ley, la cual se denomina en este documento ley de convocatoria. La ley de convocatoria, al igual que las demás leyes, es aprobada siguiendo las tres etapas tradicionales del proceso legislativo: iniciativa y presentación del proyecto de ley, la aprobación

de proyecto de ley por el Congreso de la Republica y la sanción y publicación de la ley por el Gobierno Nacional” (p.96).

Precisamente esta es la modalidad de referendo propuesta por la senadora Viviane Morales que mediante recolección de firmas busca que sea agregado un párrafo al artículo 44¹³ de la Constitución para que la adopción solo sea permitida por familias conformadas por un hombre y una mujer. Dicha proposición será analizada de manera detallada en el siguiente capítulo.

4. Referendo propuesto proyecto de ley 01 de 2016.

La senadora Viviane Morales tomo la iniciativa de recolectar firmas para proponer un referendo mediante el cual sean consultados los ciudadanos colombianos acerca de la adopción de menores de edad por PMS, aduciendo que un tema tan trascendental para la sociedad debe ser consultado de manera popular y la decisión debe adoptarse de manera democrática.

La propuesta de reforma a la constitución recae expresamente sobre el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, según lo expresa el texto del Proyecto de Ley 01 de 2016:

¹³ Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

“Que el Estado garantice a los niños más vulnerables, aquellos que no tienen familia, a través de la adopción, el derecho a tener la mejor familia posible conformada por un hombre y una mujer que les brinden condiciones para su desarrollo integral”.

Lo anteriormente citado significa que no podrán adoptar las PMS, ni las personas solteras. Esto genera un retroceso en los avances que se han tenido en materia de derechos reconocidos a las PMS, además de reducir la posibilidad de muchos niños de poder ser adoptados y hacer parte de una familia¹⁴, es notorio que esta propuesta se realiza desde argumentos basados en la religión y el populismo y no se tienen en cuenta los preceptos de igualdad que se han predicado desde la Constitución Política de 1991 y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Una de las justificaciones de este proyecto de acuerdo con Viviane Morales en entrevista para El Espectador es que la adopción, más que un derecho debe ser considerado una medida de protección para los menores de edad:

“La adopción es una medida de protección que pretende materializar el derecho de un menor a tener una familia y por consiguiente está estructurada en torno al interés superior del niño. Como la Corte Constitucional lo ha dicho, los derechos de los niños prevalecen sobre los intereses de los demás y por eso se crean mecanismos de garantía a favor de los menores. Por lo tanto, no se puede afirmar que este mecanismo sea por sí mismo un derecho constitucional y legalmente protegido en cabeza de los adoptantes; todo lo contrario, la adopción como medida constituye a los adoptantes como responsables en el cumplimiento de sus deberes y en la realización efectiva del derecho de un niño a tener una familia y a no ser separado de esta.

Por lo tanto, la adopción es un mecanismo jurídico que se desarrolla con la suprema vigilancia del Estado y cuya exclusiva finalidad es garantizar los derechos humanos de los niños en abandono. De este modo, las personas adultas no tienen un derecho a adoptar sino un deber potencial de proveer un hogar estable a un niño sin hogar para que pueda desarrollarse de una manera integral”.

¹⁴ Para ampliar sobre, Ver también: Ley 1098 de 2006: Código de Infancia y adolescencia.

Se cuestiona entonces el derecho a la adopción de tienen las PMS en aplicación del derecho constitucional a la igualdad, expresando que los derechos de los menores deben prevalecer, lo que sin duda ha generado un debate en la sociedad colombiana ya que las opiniones se encuentran divididas. De esta forma la argumentación frente a la prevalencia de los derechos de los menores vulnera la posibilidad que las PMS puedan conformar una familia y adoptar de acuerdo a los preceptos ya evocados por nuestra Corte Constitucional a través de sus Sentencias.

De igual manera en el concepto emitido por los exmagistrados de la Corte Constitucional Córdoba Triviño, Beltrán Sierra, Cifuentes Muñoz, & Esguerra (2016), cuestionan las afirmaciones que se han realizado por los promotores de este referendo, y expresan lo siguiente:

“Lamentablemente del contenido del proyecto de ley sólo se puede inferir que allí se pretende imponer una concepción –que aunque respetable– determina una particular y teocrática forma de familia, que no corresponde a la definición jurisprudencial de familia, ni mucho menos a la realidad de la configuración fáctica de la mayoría de familias de la población colombiana. Además el proyecto, tal y como está redactado, resulta ser profundamente lesivo de los derechos e intereses de los niños que por una u otra razón han perdido a sus padres y se ven abocados a un proceso de restablecimiento de derechos, pues conforme con el régimen de adopción en Colombia la prioridad es el cuidado de los menores que se encuentren en esa situación es de su familia extensa y por lo tanto –con la introducción de la reforma constitucional objeto del referendo– un familiar consanguíneo como: una tía, un abuelo, un hermano etc... sin pareja o que no sea heterosexual, no podría adoptarlo o asumir su custodia, violando con ello el derecho fundamental de esos niños a tener una familia y principalmente a no ser separados de ella” (p.03).

Sin embargo, y a pesar de este concepto rendido por expertos constitucionalistas, y de todos los argumentos que se han desarrollado en contra de este tema, en la actualidad este Proyecto de Ley ya fue aprobado por el Senado, le restan dos debates en Cámara de Representantes y la revisión de la Corte Constitucional.

Podemos concluir de esta manera que a pesar de los diversos argumentos que se han entregado para que se ha evidenciado que este proyecto de ley afecta derechos que

han sido reconocidos por la Constitución y la jurisprudencia, la iniciativa tuvo acogida en el Senado y sigue su curso, aun cuando resulta abiertamente contrario al derecho a la igualdad, y reduce la posibilidad de que los menores puedan llegar a tener una familia, ya que establece una condición adicional en los procesos de adopción que discriminan a las familias que no estén conformadas por un hombre y una mujer.

5. Parejas del mismo sexo en Colombia.

Si bien es cierto que se han dado varios pasos en materia del reconocimiento formal de derechos hacia las PMS, en la sociedad Colombiana aún persisten muchas situaciones de vulneración de derechos humanos:

“La discriminación como práctica social negativa es una de las más grandes afrentas a los principios incorporados por el Estado Social de Derecho que se instituyó con la Constitución Política de 1991, en la que el libre desarrollo de la personalidad como derecho exige del Estado, las autoridades que lo representa y la sociedad, el respeto de las opciones de vida elegidas por las personas, siempre que estas no afecten derechos de terceros. La orientación sexual ha sido y sigue siendo uno de los motivos de discriminación social más comunes y afecta notablemente la calidad de vida de las personas objeto de la misma” (p.122).

Las PMS representan una minoría por su orientación sexual, que a través del tiempo ha sido objeto de una discriminación activa por parte de la sociedad a la cual se dificulta reconocer la diversidad en lo que respecta a la orientación sexual de los individuos. Colombia es un país que se caracteriza por índices altos de rechazo hacia las personas que tienen inclinaciones sexuales diferentes.

Las PMS precisamente por su condición, deben ser sujeto de especial protección constitucional, y en el caso de las minorías sexuales se ha hecho evidentes las discriminaciones que se presenta en nuestro país hacia las mismas, como lo indican los autores Banting, & Kymlicka (2010), describen una visión liberal de la autonomía de los individuos:

“Efectivamente, los liberales insisten en que los individuos deben ser libres para decidir sobre su propia concepción de la vida, y creen en la autonomía individual como factor esencial para la definición de las formas de vida particulares de las personas. Los liberales señalan que, indiscutiblemente, el individuo es moralmente anterior a la comunidad y que la comunidad solo es importante en la medida en que contribuye al bienestar de los individuos que la integran” (p.12).

Es importante aclarar que se han generado diversas corrientes y dilemas día tras día, los jueces, los tribunales y las personas inmiscuidas en la administración de justicia se ven abocados a resolver las garantías para que los individuos ejerzan plenamente sus derechos (Cubides, 2011, p.109), Respecto de los derechos de las PMS y la discriminación persistente en la sociedad, los autores Mejía Turizo, & Almanza Iglesia (2010), aducen lo siguiente:

“Los reconocimientos jurídicos que han alcanzado la comunidad LGTB no constituyen per se, inmediata aceptación en el ámbito social. Puesto que a pesar de las conquistas legales de esta minoría en aspectos como alimentos, seguridad social y régimen patrimonial, es latente cierta resistencia a respetar las diferencias en materia de orientación social y la discriminación, los prejuicios o estereotipos contra la población homosexual siguen siendo parte del imaginario colectivo” (p.107).

Es preciso indicar que la discriminación hacia las PMS puede evidenciarse en aspectos sociales, educativos, laborales, políticos, por esta razón en nuestro país la Corte Constitucional tuvo que tomar las riendas de esta situación. En ese sentido se pronuncia el autor Bonilla (2010), quien dispone lo siguiente alrededor del tema de las PMS en Colombia:

“La cuestión no es sólo que las personas puedan vivir con la pareja de su elección sin que el Estado las sancione, sino que éste reconozca la vida de las PMS como una alternativa válida para la comunidad política. Este reconocimiento tiene un valor simbólico poderoso, el reconocimiento de los miembros de las PMS como seres humanos iguales a los heterosexuales; y un valor material, relacionado con la reducción de los costos patrimoniales de la vida en pareja y la disminución de la discriminación y la violencia en contra de la comunidad LGBT” (p.199).

El debate que surge respecto al referendo propuesto en el Proyecto de Ley 01 de 2016, es sin duda la legitimidad de someter el reconocimiento de un derecho de una minoría a una sociedad que se ha caracterizado por discriminar a las PMS y negar la igualdad de derechos de esta comunidad. Los exmagistrados Córdoba Triviño, Beltrán Sierra, Cifuentes Muñoz, & Esguerra (2016), fijan su posición respecto a este fenómeno y explican:

“Como se ha podido ver, hasta la voluntad popular está sometida a límites infranqueables, los cuales constituyen las formas de proteger una auténtica democracia constitucional de los embates de la tiranía de las mayorías. De no existir dichos frenos nuestra democracia se podría ver avocada a su propia destrucción mediante los mismos medios formalmente democráticos. Así pues podría por un referendo: cambiarse la forma de Estado a una monarquía, o podría volverse a implementar la esclavitud o considerarse a una parte de la población como ciudadanos con derechos y otra parte de la población como inferiores y carentes de esos derechos, como ya ha pasado en regímenes totalitarios (p.08). Otorgar la potestad de decisión a la sociedad de la adopción de menores por parte de las PMS es inviable en ese sentido, ya que es evidente el rechazo que se presenta hacia las PMS, esto debido a concepciones de tipo religioso y tabús teológicos que responden únicamente a la discriminación que vive día a día esta minoría”.

En conclusión someter la concesión de un derecho de una minoría a la democracia no resulta ajustado a los principios constitucionales ni al Estado Social de Derecho que predica la Constitución Política de 1991, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia del 24 de Febrero de 2011 también se ha referido al tema de la siguiente manera:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana . La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias

democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.

Otorgar la potestad de decisión a la sociedad de la adopción de menores por parte de las PMS, es inviable en ese sentido, ya que es evidente el rechazo que se presenta hacia las PMS, esto debido a concepciones de tipo religioso y tabús teológicos que responden únicamente a la discriminación que vive día a día las PMS

La constancia de las PMS en Colombia en la lucha para que se reconozcan sus derechos, ha arrojado un resultado muy positivo en los últimos años en Colombia, la búsqueda por la reivindicación de sus derechos ha permitido que sea manifiesta la igualdad constitucional de las personas con una orientación sexual diferente.

Para terminar es preciso resaltar que el Congreso de la Republica de Colombia fue inoperante ante los exhortos que realizó la Corte Constitucional para que legislara y regulara el tema, y decidió dejar la responsabilidad en manos de la Corte Constitucional que en su función de garante de la Constitución de 1991 ha reconocido los derechos de las PMS en razón al principio de igualdad.

El autor Lemaitre Ripoll (2009), realiza un análisis importante al respecto, con el que terminamos el desarrollo de este artículo:

“En este proceso las sentencias de la Corte Constitucional han jugado un papel decisivo. Las decisiones favorables de la Corte resignifican la vida colectiva negando los efectos interpretativos de la violencia, e insistiendo en cambio en un discurso público de dignidad que produce una enorme satisfacción y movilización que no depende de la aplicación de la ley. Al nombrar la homosexualidad como normal y la violencia como anormal la Corte resignifica a los homosexuales como plenamente humanos en un mundo social donde la violencia sería por definición anormal, contra la norma. Tomarse en serio esta resignificación suspende el conocimiento que ha dado la violencia de lo humano, y permite quizás con ese conocimiento suspendido la posibilidad de comprometerse de nuevo con una vida social resignificada, o por lo menos brinda una medida de valor, o de confianza” (p.90).

En relación con el planteamiento plasmado por el autor anteriormente citado, es preciso indicar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha descrito precisamente que el Estado debe ser protector y garante de los derechos de sus ciudadanos, y protegerlos de la discriminación que pueda surgir por razón de sus diferencias.

Conclusiones

La importancia que ha tenido la Corte Constitucional en el reconocimiento formal de derechos de las PMS, básicamente a partir de un proceso de reivindicación realizado por las organizaciones sociales en el marco de la Constitución Política de 1991 asimismo crea una serie de principios y derechos fundamentales los cuales han permitido que se desarrolle la jurisprudencia de la Corte Constitucional además ha facilitado avanzar y reconocer la igualdad de las personas de orientación sexual diversa.

Entre los derechos que han sido concedidos encontramos el reconocimiento de régimen patrimonial entre PMS; la posibilidad de que puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, y la adopción, en los casos en que un miembro que conforma la PMS sea padre biológico del menor adoptado. De acuerdo con el trabajo investigativo se pudo observar la gran problemática que existe frente a la necesidad que ha surgido y como la Corte Constitucional quien a través de sus precedentes regule la formación de las familias de las PMS siendo esta una obligación del Congreso de la Republica el cual omite su función de garante y por el contrario en algunas ocasiones termina siendo el ente vulnerador de los derechos de las PMS en Colombia.

Se destaca dentro de la compilación los avances frente al reconocimiento de los derechos anteriormente vulnerados a las PMS, sin embargo, hoy en día las personas que desarrollan su libre albedrío y deciden frente a su sexualidad son aun discriminadas en todos los ámbitos de la sociedad negándoles la oportunidad de desarrollar un proyecto de vida dentro de sus preferencias y gustos; y de la misma

forma vulnerando sus derechos fundamentales y constitucionales en un Estado que proclama a través de su Constitución Política ser garantista de los derechos de sus ciudadanos.

El referendo constitucional, fue creado en la Constitución Política de 1991 y diseñado como un mecanismo de participación ciudadana, mediante el cual, el pueblo pudiera ejercer su soberanía. En la actualidad por iniciativa de algunos Senadores de la Republica se plantea utilizar dicho mecanismo para tomar una decisión sobre un derecho de las PMS, aun conociendo la discriminación de la cual ha sido objeto esta población en nuestro país e identificando un sin número de casos mediante los cuales se ha evidenciado una situación material de violación a los derechos humanos.

Además existen limitaciones institucionales, como la que se ha evidenciado en el Congreso de la Republica, aunque fue exhortado por la Corte Constitucional para que cumpliera su función como legislador y por ser el órgano que representa a los ciudadanos, este abandono el tema y nunca se pronunció sobre el mismo, el poder ejecutivo a nivel nacional a través del Ministerio del Interior, se ha comprometido en el examen periódico universal con una construcción de una política pública LGBTI que todavía no ha podido llevarse a cabo, se han realizado algunos avances en materia de administraciones locales en cuanto a inclusión. Esto ha significado que sea el poder judicial el que ha asumido la labor de proteger los derechos y reconocerlos.

Según lo analizado a lo largo del artículo es pertinente aclarar que el referendo propuesto en el Proyecto de Ley 01 de 2016 busca desconocer de manera abierta el derecho a la igualdad de las PMS y además discrimina a las familias reconocidas jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, enviando un mensaje a la sociedad de discriminación hacia las PMS, mediante el referendo, el cual el constituyente diseño para fines totalmente diferentes como por ejemplo (El referendo Constitucional aprobado para consagrar el derecho humano fundamental al agua potable, un mínimo vital gratuito, la gestión pública indelegable). En el cual se puede evidenciar que la

decisión tomada a través de este referendo es un derecho que le concierne a toda la población colombiana y no a una pequeña parte de la población como lo es las PMS.

Buscar desconocer los derechos de las PMS, de las personas solteras y de los menores de edad, por circunstancias religiosas o morales, es totalmente inconstitucional y más allá de esto representa una situación manifiesta de violación de derechos humanos, no es viable utilizar mecanismos de participación para violar los derechos de una minoría.

Para finalizar, en la actualidad el reto jurídico frente al reconocimiento y materialización de derechos para las personas de la comunidad LGBTI, halla sus más profundas raíces en el Derecho de Familia el cual, dicho sea de paso, viene en un proceso de evolución permanente evidenciado en el reconocimiento de la plena igualdad entre cónyuges en el marco del matrimonio y las uniones materiales de hecho, la igualdad material de los hijos indistintamente de si son concebidos en el marco del matrimonio o no, procedimientos claros para investigaciones conducentes al reconocimiento o repudio de la paternidad, la fecundación asistida, el divorcio por voluntad de las partes, entre otros avances, lo que permitiría afirmar, que esta rama del derecho ha venido evolucionando de la mano de la sociedad, es decir, resulta ser una regulación pertinente, hasta ahora.

Referencias

Alvarado Estrada, D., Parada Miel, K., & Restrepo Gámez, L. (2016). *La efectividad del referendo como mecanismo de participación ciudadana en la materialización de la democracia participativa*. (Tesis de Pregrado). Universidad Cooperativa de Colombia. Recuperado de http://repository.ucc.edu.co/bitstream/ucc/181/1/Proyecto%20de%20investigacion%20dirigida_LA%20EFECTIVIDAD%20DEL%20REFERENDO.pdf

Araujo Rentería, J. (2000). El referendo en Colombia (1a ed.). Bogotá: Ecoe ediciones.

Arrubia, E. (2016). ¿Iguales o diferentes? Los derechos de las personas LGBTI en discusión. *Revista De La Facultad De Derecho*, (43), 15-34. <http://dx.doi.org/10.22187/rfd201622>

Bartolomei, M. (2008). Género y derechos humanos: reconocimiento de la pluralidad e intersección de las diferencias. *Revista Novum Jus*, 10(2), 183 - 204. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/895

Bernal Guzmán, Á. (2015). La familia como derecho humano de la comunidad LGBTI en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos Y Valores*, 18(36), 29. <http://dx.doi.org/10.18359/dere.932>

Bonilla, D. (2010). Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. *Anuario De Derechos Humanos*, 0(6). <http://dx.doi.org/10.5354/0718-2279.2010.11492>

Córdoba Triviño, J., Beltrán Sierra, A., Cifuentes Muñoz, E., & Esguerra, J. (2017). Concepto sobre el proyecto de ley 01 de 2016 Senado. Bogotá. Recuperado de <http://angelicalozano.com/wp-content/uploads/2016/09/Carta-com-I-Referendo-de-adopcion.pdf>

Congreso de la republica. (1993). Ley 100 de Diciembre 23, Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

Constitucion politica de Colombia (1991).

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C- 071 de febrero 18. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C- 336 de febrero 7. M. P. Clara Vargas Hernandez.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C- 075 de febrero 18. M. P. Jorge Ivan Palacio.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia SU- 214 de abril 28. M. P. Alberto Rojas Rios.

Corte constitucional de colombia(2011) sentencia C – 577 de febrero 07. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso Gelman VS. Uruguay, Sentencia fondo y reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Cubides, J. (2011). Disertaciones sobre las parejas del mismo sexo a través del rol ejercido por la corte constitucional colombiana en el reconocimiento de sus derechos. *Anuario De Derecho*, (28), 13 - 36. Recuperado de <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/34181>

Cubides, J., Grandas, A. & González, J. (2016). Constitucionalismo Multinivel (CM): el nuevo paradigma en la protección de los derechos Fundamentales. En: *Perspectivas del Constitucionalismo*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Cubides, J. & Pinilla, J. (2016). El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina. En: *Derecho Público en el siglo XXI. Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Hernandez M., P. (2000). El referendo en Colombia. Una dualidad mas entre norma y realidad (1st ed., p. 96). Bogota: Fundacion Instituto de Administracion Publica.

Lemaitre Ripoll, J. (2009). El amor en tiempos de cólera: derechos LGBT en Colombia. *Revista Internacional De Derechos Humanos*, 6(11). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24906.pdf>

Mejía Turizo, J., & Almanza Iglesia, M. (2010). Comunidad LGBT: Historia y reconocimientos jurídicos. *Revista Justicia*, 15(17), 78 - 110. Recuperado de <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/ojs/index.php/justicia/article/view/671/673>

Mosquera Rentería, J. (2015). Derechos de las minorías sexuales: retos contemporáneos de la resocialización. *Revista Justicia*, 20(28), 121-139. Recuperado de <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/ojs/index.php/justicia/article/view/1044/1061>

Ministerio del interior. (2016). Por el cual se adopta la Política Pública Nacional para el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI).

Páez Ramírez, M. (2013). La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. *Revista Derecho Del Estado*, 13, 231-257. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932013000200008&script=sci_arttext&tlng=es

Proyecto de Ley 01 de 2016. (2016). Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un Proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=01&p_consec=45268

Pulecio Pulgarin, J. (2009). Entre la discriminación y el reconocimiento: las minorías sexuales en materia de educación. *Revista Vía Iuris*, 7. Recuperado de <http://190.242.99.229/index.php/Vialuris/article/view/64/58>

Pulido Fajardo, L., & González Rodríguez, N. (2013). *ANÁLISIS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO* (Monografía de Pregrado). Universidad Católica de Colombia. Bogotá. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1053/4/ANALALISIS%20DE%20L A%20PENSION%20DE%20SOBREVIVIENTES%20ENTRE%20PAREJAS%20DEL %20MISMO%20SEXO%20CON%20NORMAS.pdf>

Sánchez Vera, P., & Contreras Vargas, J. (2017). El referendo constitucional en Colombia: un mecanismo de difícil utilización en los años 2008 al 2011. *Revista Academia y Derecho*, 3(2), 52-78. Recuperado de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/58>

Sarmiento E, J. (2009). Las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, una lucha inconclusa contra la discriminación. *Revista De Derecho, Universidad Del Norte*, 32, 57 - 96. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n32/n32a04.pdf>

Redacción Política. (2016). Referendo para prohibir la adopción gay llega al Congreso. *Espectador*, 1.

La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia The Judgment C-557 of 2011 and the same-sex couple marriage Páez M, S. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co>

Víctor Julian Moreno Mosquera. (2014). Matrimonio y adopción: dos instituciones en transformación familiar a partir de lá jurisprudencia constitucional colombiana a favor de las parejas LGBTI. 15 de agosto, de revista Nuevo Derecho Sitio web: <http://revistas.iue.edu.co/index.php/nuevoderecho/article/view/653/967>

