

S-GAIID-17-012210

Bogotá, D.C., 10 de Febrero de 2017

Honorable Secretario:

Tengo el honor de dirigirme a usted en la oportunidad de hacer mención a la Nota CDH-OC-24/305 sobre la prórroga para la presentación de observaciones escritas respecto de la solicitud de Opinión Consultiva de la República de Costa Rica.

En ese sentido me permito remitir la respuesta del Estado colombiano la cual es el resultado de un trabajo de articulación interinstitucional. Es de mencionar que para Colombia esta consulta resulta una oportunidad para dar a conocer los avances internos relativos a la garantía de los derechos de las personas que se identifican como LGBTI, en armonía con los contenidos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a partir de ello contribuir al fortalecimiento del tema en la región.

Aprovecho esta oportunidad para reiterar al Señor Secretario las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

Firmado Digitalmente por: 2017/02/14



MÓNICA FONSECA JARAMILLO
Directora de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Al Honorable
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José de Costa Rica -Costa Rica

RESPUESTA DEL ESTADO COLOMBIANO A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El 18 de mayo de 2016, la República de Costa Rica presentó a la Honorable Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante “Corte IDH”) una solicitud de opinión consultiva para que se interpreten las obligaciones contenidas en la Convención Americana que se citan a continuación:

- a) “la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”.
- b) “la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N° 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”, y
- c) “la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

El Estado colombiano encuentra que la consulta elevada por la República de Costa Rica se puede dividir en dos grandes ejes temáticos fundamentales. En primer lugar, implica una interpretación de la Corte IDH frente a los contenidos de la Convención Americana relativos al derecho al nombre y al reconocimiento de derechos patrimoniales. En segundo lugar, se consulta a la Corte IDH sobre la compatibilidad de una norma costarricense respecto de la Convención Americana, particularmente sobre las características que debería incluir un procedimiento de orden interno.

De este modo, en el documento que el Estado colombiano pone a consideración de la Corte IDH se realizará un pronunciamiento sobre las cuestiones contenidas en los literales a) y c) de la opinión consultiva, tomando como premisa fundamental la garantía de derechos de todas las personas, sin discriminación de ningún tipo.

En lo que respecta al caso del literal b), se considera que en éste no solo se involucra la compatibilidad de una norma interna frente a lo dispuesto en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, sino que incluye aspectos que trascienden el ámbito de competencia de la Corte IDH, en lo que se refiere a valorar la conveniencia de aplicar un procedimiento administrativo, particularmente, el cómo implementarlo, frente

a lo contemplado en el derecho civil. En este orden de ideas, Colombia respetuosamente sugiere que el pronunciamiento sobre este apartado se enfoque en los estándares interamericanos para la protección del derecho al nombre, sin hacer referencia a situaciones de índole particular, como, por ejemplo, los costos que este tipo de trámites generarían en cada Estado, la manera en que administrativamente debería operar la protección del derecho, o la definición específica de tiempos para el acceso de las personas al mismo.

a) “la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”.

Para iniciar, resulta oportuno indicar a la Honorable Corte IDH que la Constitución Política colombiana de 1991 (art. 15 y 44) reconoce y protege el derecho inherente a toda persona a tener un nombre, siendo este un elemento definitorio del ordenamiento legal del Estado Civil y del derecho a la personalidad jurídica¹. El nombre se reconoce como un elemento esencial en la construcción de la identidad personal, razón por la que en Colombia se concede a las personas la libertad en la escogencia de llamarse como se quiera, toda vez que resulta un derecho inherente al ser humano y la manifestación de su individualidad e identidad.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional de la República de Colombia (en adelante “la Corte Constitucional”)² estableció que el carácter fundamental del derecho al nombre deriva de la necesidad vital del ser humano de distinguirse del otro y de identificarse en sus relaciones sociales y/o jurídicas, mediante una identidad oficial. El uso de un nombre lo permite y, por tanto, constituye un atributo esencial de la personalidad.

Por lo anterior y a efectos de enriquecer el análisis, a continuación, se resaltan los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional y que resultan pertinentes para el tema que nos ocupa:

- En la sentencia T-1033 de 2008, se estableció que el nombre de las personas es un atributo de la personalidad que goza de una naturaleza plural al ser “(i) un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia, (ii) un signo distintivo que vela por la personalidad del individuo y (iii) una institución de Policía que permite la identificación y evita la confusión de personalidades”.

¹ De acuerdo con el art. 14 de la Constitución Política de Colombia: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.” El art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen esta misma garantía fundamental.

² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-063/15

- La jurisprudencia ha establecido la relación entre el nombre como atributo de la personalidad jurídica³ y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad⁴. En ese sentido, reconoció que *“la facultad que tiene toda persona de fijar su identidad a través del nombre que prefiriera es un reconocimiento de la autonomía de la persona para definir su proyecto de vida como manifestación de la dignidad.”*⁵
- Según la Corte Constitucional⁶, el nombre tiene por finalidad fijar la identidad de una persona en las relaciones sociales y ante el Estado, de suerte que la hace distinguible en el entorno. En sentido estrictamente jurídico, el nombre es una derivación integral del *derecho a la expresión de la individualidad*, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto.
- El alto tribunal ha explicado que la primera necesidad que tiene el individuo es la de ser reconocido como *ente distinto y distinguible*, y para ello existe el respeto, tanto del Estado como de la sociedad civil, a su *individualidad*, es decir, a ser tratado de acuerdo con sus notas distintivas de carácter, sin más límites que los derechos de los demás, el orden público y el bien común⁷.

Ahora bien, el Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas en Colombia, establece en su artículo 3 que cada persona en ejercicio de su individualidad, tiene derecho a un nombre. En ese sentido, es de mencionar que el nombre propio, busca individualizar a cada miembro de una misma familia, por lo que su asignación lo deja el Estado colombiano a la libre elección de las personas. Es así como el nombre elegido no tiene porqué corresponder con el sexo o la identidad de género de la persona.

Sobre el particular, es preciso advertir que en Colombia el nombre no determina el sexo o identidad de género de las personas. Así lo estableció la entidad encargada de adoptar las políticas de registro civil en Colombia y que tiene a su cargo la identificación de todos los colombianos, al señalar que: *“En relación con el nombre debe tenerse en cuenta que éste no fija el sexo, toda vez que pueden utilizarse nombres indistintamente para hombre y para mujer, vgr. puede llamarse “Natalia” y ser de sexo masculino y así quedar anotado en el registro sin que ello quiera decir que el registro sea erróneo, así mismo puede fijar identidad personal con el nombre que escoja, mediante escritura pública”*⁸

³ Artículo 14 de la Constitución Política de Colombia.

⁴ Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia.

⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-860 de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-594 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-594 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁸ La Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Circular 070 de 11 de julio de 2008.

En virtud de lo anterior, la persona, en atención a su autonomía, tiene derecho a fijar su entidad personal, la cual corresponde a su modo de ser, siempre y cuando no altere el orden jurídico. Todo ello en virtud del libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual y reforzando la idea del párrafo anterior, es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa, que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Es así como se reafirma el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su *modo de ser*, de su pensamiento y de su convicción ante la vida.

Reforzando esta concepción, es de mencionar que la esencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad⁹ es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. Por tanto, *el libre desarrollo de la personalidad se armoniza con las libertades de pensamiento y de expresión, por cuanto es la decisión de expresar, en el propio vivir de la persona, una determinación de su modo de ser en la convivencia humana; mientras tal determinación sea libre, y como culminación de un proceso voluntario en una decisión*¹⁰.

En armonía con los fundamentos expuestos en precedencia, el Estado colombiano tiene previsto un trámite administrativo, idóneo y expedito para que las personas, indistintamente de si tienen una orientación sexual e identidad de género no hegemónica, puedan hacer el cambio de su nombre legal acorde con su autonomía individual. Lo anterior cobijado por uno de los elementos del principio de la dignidad humana relacionado con el derecho a vivir como se quiere¹¹.

No obstante, resulta conducente precisar que antes de la Constitución Política de 1991, el régimen jurídico del cambio de nombre en Colombia se encontraba sujeto a un trámite judicial específico, como es el caso de la jurisdicción voluntaria¹², donde le correspondía al juez determinar si el proceso de cambio de nombre era procedente o no, de acuerdo con los criterios consagrados en el artículo 94 del decreto 1260 de 1970. Dicha

⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 16.

¹⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. T-594/93

¹¹ Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión "dignidad humana" como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo "dignidad humana", la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-881/02

¹² Artículos 649-11 del Código de Procedimiento Civil y 5-18 del decreto 2272 de 1989.

disposición fue modificada por el artículo 6º del Decreto 999 de 1988 a través del cual se estableció:

“(...) El propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para substituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal (...)”.

La norma citada faculta a toda persona para que disponga, únicamente por una vez, y mediante escritura pública, la modificación del registro civil, con el fin de fijar su identidad personal, como manifestación del derecho a expresar la individualidad. Como se aprecia, se sustituyó el trámite judicial por uno administrativo, a voluntad del interesado.

La disposición en comento es de claridad manifiesta, y frente a ella sobra cualquier discusión: todo individuo, a su libre arbitrio -autonomía personal, como desarrollo de la personalidad¹³, cuenta con la facultad de modificar su nombre -*ius adrem*-, mediante escritura pública que se deberá inscribir en el respectivo registro civil. Cualquier individuo puede entonces determinar su propio nombre, así éste, tenga para los demás una expresión distinta a la del común uso, ya que lo que está expresando el nombre es la identidad *singular* de la persona frente a la sociedad. No es un factor de homologación, sino de *distinción*. He ahí porqué el individuo puede escoger el nombre que le agrade.

En virtud de casos particulares y otros fácticamente relacionados con la identidad de género de las personas, en Colombia actualmente se permite el cambio de nombre de las personas, más de una vez, de acuerdo con la identidad de género de cada una. Lo anterior en consonancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional¹⁴, a través de los cuales se han protegido los derechos a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad en lo que atañe al cambio de nombre cuando este no corresponde a la identidad de género de la persona.

La Corte Constitucional ha afirmado que la restricción legal contenida en el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970 (modificado por el artículo 6º del Decreto 999 de 1988), por virtud del cual es posible cambiar o modificar el nombre en el registro civil de nacimiento mediante escritura pública una sola vez, es razonable en la medida de que otorga seguridad jurídica a las relaciones que surgen entre los asociados y, con el Estado. Sin embargo, ha establecido que existen situaciones excepcionales que ameritan atemperar tal restricción con el fin de proteger derechos fundamentales y, por

¹³ Constitución Política de Colombia, artículo 16.

¹⁴ Entre los pronunciamientos podemos citar: Las sentencias T-594 de 1993, T-477 de 1995, T-1033 de 2008, T-611 de 2013, T-977 de 2012 y T-086 de 2014, de manera excepcional la Corte Constitucional inaplicó el artículo que permitía el cambio de nombre solo por una vez (art. 94 del Decreto Ley 1260 de 1970), con el fin de modificar el nombre por segunda vez y así salvaguardar garantías de orden superior, tales como la identidad de género de la persona.

tal razón, ha inaplicado el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, ordenando realizar un nuevo cambio de nombre.

Si bien es cierto la Corte Constitucional no puede desconocer el interés del Estado en regular asuntos relativos a la identidad de los ciudadanos, pues tanto los deberes del primero frente a los segundos, así como las obligaciones ciudadanas, dependen en su eficacia y eficiencia de la certeza de la identidad de los asociados de la Administración Pública. También es comprensible que el Estado restrinja las posibilidades de alteración de sus archivos de identidad de los ciudadanos, en la medida en ello facilita a largo plazo ejercer adecuadamente sus funciones de garantía de derechos y así sus deberes de vigilancia y control. Pero, así como el desarrollo de los propios y personales proyectos y planes de vida no se configura como un derecho ilimitado, como se explicó; las potestades del Estado para regular el asunto de la identidad también suponen consideraciones particulares en casos especiales.

En línea con lo anterior y como un avance muy importante en Colombia, en junio de 2015 se expidió el Decreto 1227 del 4 de junio de 2015. *"Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil"* a través del cual se puede modificar el componente de sexo en los documentos de identidad, a través de un trámite ágil y expedito.

c) "la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo".

En Colombia, la evolución jurisprudencial hacia la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo, en el marco del control abstracto de constitucionalidad, tuvo inicio con la Sentencia C-075 de 2007. Mediante dicha decisión se declaró la exequibilidad condicionada¹⁵ de la Ley 54 de 1990¹⁶, *"por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes"*. Esto, *"en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales"*¹⁷.

De acuerdo con la propia Corte Constitucional, esta decisión condujo a: *"que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones*

¹⁵ La constitucionalidad condicionada consiste en que la Corte Constitucional delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que sólo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente. Pero si la Corte no limita el alcance de la cosa juzgada, entonces ese pronunciamiento material de constitucionalidad condicionada tiene efectos jurídicos definitivos y erga omnes. (Sentencia C-492/00)

¹⁶ Ley 54 de 1990 "Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes."

¹⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-075 de 2007.

maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”¹⁸.

Para fundamentar su decisión la Corte Constitucional estableció que la aplicación de las prerrogativas de orden patrimonial derivadas de la Ley 54 de 1990 a las parejas heterosexuales, excluyendo de su ámbito normativo a las parejas del mismo sexo, resultaba discriminatoria. Por tanto, concluyó que en el ordenamiento jurídico nacional existía un déficit de protección frente a las uniones homosexuales, el cual no encontraba justificación en criterios objetivos y razonables, lo que ameritaba extender el régimen preexistente al grupo en cuestión. El texto de la Sentencia C-075 de 2007, en lo relevante, es el siguiente:

“El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante, las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.”

Como puede verse la Corte Constitucional estableció como razón de su decisión que las parejas del mismo sexo cuentan con requerimientos de protección patrimonial análogos a los de las parejas heterosexuales. En consecuencia, no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado frente a la protección que otorga la Ley 54 de 1990 a las uniones maritales de hecho. Es así como declaró su exequibilidad bajo la

¹⁸ *Ibidem*.

condición consistente en que los beneficios derivados de dicha normativa se hicieran extensivos a las uniones homosexuales.

Siguiendo la línea de protección bajo análisis, mediante la Sentencia C-811 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 63 de la Ley 100 de 1993¹⁹. Lo anterior, *“en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo”*²⁰. Para llegar a tal conclusión, dicha Corporación, estableció que de la disposición bajo análisis se desprendía *“que un individuo afiliado en calidad de cotizante al régimen contributivo, no puede vincular a su pareja homosexual en calidad de beneficiaria.”*²¹

Para la Corte Constitucional, la norma previamente relacionada, representaba un déficit ilegítimo de protección en materia de Salud. Esto, en razón a que desconocía una opción de vida que se encuentra amparada por nuestro ordenamiento constitucional. Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia C-811 de 2007, se dispuso que:

“Así las cosas, la tendencia de alcance progresivo de la seguridad social (art. 48 C.P.), aunada al reconocimiento de ciertos derechos a las parejas del mismo sexo, cuyo ejercicio involucra el ejercicio de su libertad y de su dignidad personal, impone considerar que, frente a un déficit de protección en salud que se considera ilegítimo, por desproteger una opción de vida amparada por la Corte, es obligación del Estado el diseño de los mecanismos que amplíen la cobertura del sistema y eliminen tales deficiencias.

En conclusión, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud 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 una pareja.

¹⁹ Ley 100 de 1993 “ARTICULO 163. La Cobertura Familiar. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste. (Anexo 34).

PARAGRAFO 1. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar. PARAGRAFO 2. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley.”

²⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-811 de 2007.

²¹ Ibídem.

En consecuencia, la Corte considera que dicho déficit denuncia un vacío en la ley de seguridad social que la hace inconstitucional y así procederá a declararlo.”

Como puede verse, para la Corte Constitucional la negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, implicaba una restricción desproporcionada al libre ejercicio de la opción sexual. Por tanto, declaró la exequibilidad de la norma objeto de control bajo la condición consistente en que, los beneficios derivados de la misma, se hicieran extensivos a las uniones homosexuales.

A su vez, mediante la Sentencia C-336 de 2008, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones *cónyuge* y *compañero* o *compañera* permanente, contenidas en el artículo 47²² de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en el artículo 74²³ de la Ley 100 de 1993, modificado

²² “ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones “compañera o compañero permanente” y “compañero o compañera permanente” en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el *cónyuge* o *la compañera* o *compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el *cónyuge* o *la compañera* o *compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el *cónyuge* o *la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero* o *compañera permanente*, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la *compañera* o *compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la *cónyuge* con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de *cónyuge*, *compañero* o *compañera permanente* e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este.

e) A falta de *cónyuge*, *compañero* o *compañera permanente*, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.”

²³ “ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones “compañera o compañero permanente” y “compañero o compañera permanente” en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el *cónyuge* o *la compañera* o *compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el *cónyuge* o *la compañera* o *compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el *cónyuge* o *la compañera permanente* supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero* o *compañera permanente*, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo. Como fundamento principal de su decisión, la Corporación en cuestión, manifestó lo siguiente:

“A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, 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.”²⁴

Como puede verse, nuevamente la Corte Constitucional avanzó en el reconocimiento de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Esta vez al considerar que no existían razones objetivas que justificaran el otorgamiento de un trato diferenciado a dichas uniones, frente al beneficio de la pensión de sobrevivientes.

La protección constitucional de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo continuó su desarrollo con posterioridad a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008. Al respecto, resulta pertinente mencionar la Sentencia C-798 de 2008. Mediante dicha providencia la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicional de la descripción típica del delito de inasistencia alimentaria, contenida en el artículo 1° de la

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente* e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente **de forma total y absoluta** de este;

e) A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente*, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.”

²⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-336 de 2008.

Ley 1181 de 2007, bajo el entendido que los integrantes de las parejas del mismo sexo también podían incurrir en dicha conducta delictiva.²⁵

En forma posterior, mediante la Sentencia C-283 de 2011, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequibles “los artículos 1016-5, 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.”²⁶⁻²⁷ (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, la Corte Constitucional, ha cumplido una importante labor integradora²⁸ del ordenamiento jurídico colombiano frente a la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo. Según como se expuso previamente, tal protección ha alcanzado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una unión homosexual.²⁹

En este punto se reitera que, los condicionamientos establecidos por la Corte Constitucional en el marco del control abstracto de exequibilidad que ejerce sobre las disposiciones sometidas a su conocimiento, **hace parte inescindible de la ley**. En consecuencia, todos los operadores jurídicos se encuentran obligados a aplicar las normas estudiadas mediante las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de

²⁵ Como fundamento de su decisión, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente: “No cabe ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. Así, la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1 del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. La obligación alimentaria hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho y por tanto debe ser regulado de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales y de las parejas heterosexuales. (...) (...)”

(...) (...) En el presente caso la Corte se enfrenta a una ley que confiere un tratamiento diferenciado en materia de derechos y deberes patrimoniales a los miembros de la pareja heterosexual respecto de los miembros de la pareja homosexual. El tratamiento diferenciado representa, un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria. La Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la desprotección de la pareja heterosexual. En este, como en casos anteriores, la corrección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no tiene como efecto, desde ningún punto de vista, la disminución de la protección a los miembros de la pareja heterosexual.”

²⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-283 de 2011.

²⁷ Como fundamento de su decisión, la Corte Constitucional, manifestó lo siguiente: “la Sala debe reiterar en este caso su jurisprudencia sobre la protección y derechos de las parejas del mismo sexo, en el campo patrimonial, razón por la que debe concluir que la posibilidad de obtener lo que el código civil define como “porción conyugal” no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden como una opción de vida convivir en pareja y hacer un proyecto de vida en común con una vocación de permanencia y de forma singular, en la medida en que la finalidad de esta figura es, como ya se indicó en otros apartes de esta providencia, equilibrar y compensar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común. Extender la garantía de la “porción conyugal” a estas parejas, es una forma de proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el principio de no discriminación de estas uniones, que al igual que las heterosexuales no cuentan con una protección efectiva en lo que al tema patrimonial se refiere.

Por tanto, ha de entenderse que el miembro supérstite de la pareja del mismo sexo tendrá derecho a ser llamado o llamada como titular de la “porción conyugal” dentro de la sucesión de su compañero o compañera, en los términos y condiciones en que esta figura está regulada en los preceptos acusados.”

²⁸ Sobre el contenido y alcance de las sentencias integradoras, la Corte Constitucional, ha manifestado que: “Es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (CP art. 4), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Tales sentencias cobran particular importancia frente a problemas constitucionales relacionados con una diferencia de trato injustificado o con un déficit de protección de sujetos específicos, por cuanto se caracterizan, por producir una extensión de un contenido normativo a situaciones fácticas no previstas originalmente en ellas, que de otra forma serían inconstitucionales. Por virtud de tales providencias los contenidos normativos se condicionan a ser entendidos en un sentido específico, acorde con la Constitución Política.” (Auto-256 de 2009)

²⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-336 de 2008.

2008 y C-283 de 2011, conforme a lo decidido por dicha Corporación so pena de incurrir en arbitrariedad.³⁰

Adicionalmente, debe considerarse que la *ratio decidendi* de los fallos previamente expuestos, también cuenta con efectos vinculantes. Es así como constituye un importante precedente constitucional frente a la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo.

Es claro que la regla judicial aplicada en las sentencias bajo análisis para dar solución a los problemas jurídicos planteados, consiste en que no existe un fundamento razonable y objetivo para asignarle un trato diferenciado a las parejas del mismo sexo frente a la protección de los derechos patrimoniales y sociales que pueden derivarse de las uniones maritales de hecho. Por tanto, el déficit de protección legal existente frente a dicho aspecto, debe ser subsanado mediante la integración al ordenamiento judicial de la opción sexual en cuestión. Lo anterior ha tenido lugar mediante las decisiones previamente analizadas y, según como se expuso en apartados anteriores, constituye un criterio vinculante para todos los operadores jurídicos, incluido el legislador.

En este punto resulta importante precisar que, aunque el precedente previamente expuesto no resulta inmutable, su modificación se encuentra sometida al estricto cumplimiento de una carga argumentativa superior (principio de razón suficiente). Además, no podría desconocer el principio constitucional de progresividad. Por tanto, resultarían contrarias a la Carta las reglas legislativas, judiciales o administrativas, que pretendieran establecer una regresión en el marco de protección establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo.

Como corolario de lo anterior, al igual que con el reconocimiento de las identidades de género no hegemónicas, en Colombia, el reconocimiento de los derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo se ha dado a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional. De este modo, y como ya se mencionó en precedencia, en la sentencia C-283 de 2011, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad de los artículos 16-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho para 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

³⁰ Al respecto: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-836 de 2004.

constitucional a las uniones de hecho, particularmente desde la sentencia C-075 de 2007.

Aunado a lo anterior, las personas homosexuales pueden conformar una unión marital de hecho en calidad de compañeros permanentes. Por homologación normativa, los efectos de este vínculo se replican en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, particularmente en materia de derechos civiles, de seguridad social en salud y pensiones, los cuales pueden ser verificados en temas relacionados con la afectación de la vivienda como patrimonio familiar, la nacionalidad por adopción, la pensión de sobrevivientes, la obligación de alimentos y la posibilidad de incurrir el delito de inasistencia alimentaria, entre otros.

Finalmente, es de mencionar que, en Colombia, a la luz del derecho a la igualdad³¹, la Corte Constitucional permitió el matrimonio para parejas del mismo sexo. Así, la Sentencia C-577 de 2011 se inscribe en una constante evolución jurisprudencial, encaminada a garantizarles un tratamiento digno e igualitario y por ende reconoció que: *“la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de personas de orientación sexual diversa... conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano deber tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja de personas del mismo sexo.”*

De esta forma, en Colombia el reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo ha significado necesariamente la garantía material de los derechos contenidos en los artículos 11 y 24 de la Convención Americana, instrumento que forma parte del bloque de constitucionalidad colombiano, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

Consideraciones finales:

Haciendo una lectura armónica de los temas analizados a la luz de los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado colombiano se permite presentar las siguientes consideraciones a modo de conclusiones:

- A la luz del derecho internacional vigente, aplicable a los contextos nacionales, en particular del colombiano, expuesto en precedencia, los derechos humanos deben

³¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 13.

garantizarse a todas las personas sin discriminación alguna. Es así como en lo que respecta a la consulta sobre el cambio de nombre y los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, el Estado colombiano recuerda la importancia de recabar en los contenidos del artículo 8 de la Convención Americana titulado “Garantías Judiciales”, ya que su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “*sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales*” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

Es decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea de carácter administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar en este caso el debido proceso legal. Adicionalmente, es de mencionar que el estándar sobre los recursos para garantizar los derechos, establece que estos deben ser “*adecuados y efectivos*” y en el marco de ello se deben disponer los mecanismos necesarios para materializar la garantía del derecho.

- El reconocimiento al cambio de nombre de las personas indistintamente de la orientación sexual e identidad de género es un avance valioso, ya que con ello se está reconociendo la individualidad, la construcción de la identidad de cada persona, siendo una expresión legítima del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la dignidad humana y de su autonomía.

Por lo tanto y en concordancia con lo anterior, se considera como un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, estando la administración obligada a garantizar ese derecho. Es por ello que en lo relativo al cambio de nombre, indistintamente de la orientación sexual o la identidad de género, o del procedimiento administrativo o de cualquiera otro que se fije para el efecto, las garantías mínimas deben respetarse, toda vez que el cambio de nombre de conformidad con el *modo de ser*, de pensar y de convicción ante la vida por parte de los individuos, responde a ámbitos de la autonomía individual, del libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad humana y de la identidad.

- Resulta valioso mencionar que la Convención Americana proscribiera la discriminación, en general, incluyendo como categoría la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en ese instrumento. Asimismo, la Corte IDH estableció que, tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exigiría una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato

deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.

- En concordancia con los artículos 1.1 y 24 de la Convención, y tomando en consideración el reconocimiento de la Corte IDH en el caso específico de la sentencia *Duque vs. Colombia*, en donde se reafirma que el ordenamiento jurídico colombiano ofrece plena certeza en relación con los requisitos generales establecidos tanto para parejas heterosexuales como para parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobreviviente y que por ende las parejas del mismo sexo cuentan con requerimientos de protección patrimonial análogos a los de las parejas heterosexuales, lo que establece la no existencia de razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado frente a la protección que se debe otorgar a las uniones homosexuales. Por ende, el reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, deviene de la garantía material de los derechos contenidos en los artículos 11 y 24 de la Convención Americana.
- 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 y discriminatorio hacia ellos en tratándose del beneficio de la pensión de sobrevivientes y como un ejercicio legítimo de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de opción sexual y a la decisión de conformar una pareja con una persona de su mismo género.