



El reconocimiento Constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo

Maribel Quintero Vélez
Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:
marquinvel@hotmail.com

Resumen

La Corte Constitucional suplió la omisión legislativa existente frente a la inclusión de las parejas del mismo sexo dentro del mundo jurídico, otorgándoles derechos patrimoniales en la sentencia C-075 de 2007, pero al no determinar su alcance, se hace necesario observar cuáles serían los requisitos necesarios para poder conformar una unión de parejas del mismo sexo, y cuáles son los elementos obligatorios para poder conformar entre éstos una sociedad patrimonial. Igualmente, se analizará la posibilidad de que dicha sociedad, descrita en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990 como una presunción legal, que admite prueba en contrario, pueda conformarse antes del cumplimiento del término de los dos años exigido legalmente, para lo cual se analizarán las posiciones existentes al respecto en la doctrina y los planteamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

Palabras Clave: Parejas del mismo sexo; derechos fundamentales; sociedad patrimonial; presunción legal; concepto de familia; comunidad de vida; permanencia; singularidad.

El reconocimiento Constitucional de la unión entre parejas del mismo sexo*

Introducción

La inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, representa un avance significativo respecto de la protección de sus derechos en materia de igualdad frente a las uniones maritales de hecho consagradas en la Ley 54 de 1990. La defensa de sus derechos, constituye un reto importante para nuestra legislación, pues se reconoce una forma asociativa diferente a la del concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política.

El camino transitado por esta población, no ha sido nada fácil, hasta el punto en que han debido presentarse varias decisiones de la Corte Constitucional acerca de los derechos de las parejas homosexuales, en los que se ha logrado una protección casi integral de sus derechos. Amparo que tuvo su sentencia hito con la C-075 de 2007, donde se les otorgó la posibilidad que de una convivencia permanente, estable y singular, pudiera reclamarse la iniciación de una sociedad patrimonial, siempre que los bienes fueran conseguidos con base en la ayuda, socorro y trabajos mutuos de los integrantes de la pareja del mismo sexo. A este pronunciamiento, le siguieron otros que ratificaron su *ratio decidendi*, y les concedieron, más que derechos patrimoniales, derechos sociales como la afiliación en salud y la pensión de sobreviviente, hasta llegar a la que ha sido considerada como la sentencia más importante, por la cantidad derechos que concede, la C-029 de 2009.¹

De esta manera, se ha entendido, que hoy en día las uniones de parejas del mismo sexo requieren una protección análoga a la que se encuentran sometidas, desde el año de 1990, las parejas heterosexuales que no estuvieren casadas entre sí, y que convivieran de manera permanente y singular, con base en el respeto del principio de la dignidad humana, y el derecho de la libre asociación, reflejado en el ejercicio de la libre opción sexual y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual se les ha permitido conformar una pareja con efectos semejantes a los consagrados para las uniones maritales de hecho.

Sin embargo, cuando se dio a conocer la decisión contenida en la Sentencia C-075 de 2007,² se crearon en el ambiente jurídico más cuestionamientos que respuestas, pues la Corte Constitucional no determinó el alcance de su decisión, y tampoco explicó de qué manera se daría la aplicación de la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo. Igualmente, como el fallo contemplaba la concesión de derechos patrimoniales, juristas y doctrinantes, cuestionaron si realmente, ello se refería sólo a la posibilidad de reclamar gananciales producto de una sociedad patrimonial, o si además de éste tendrían la posibilidad de exigir otros derechos que no tenían consagración expresa en esta ley, pero que igual hacían parte de la protección brindada a las uniones maritales de hecho, en virtud de la figura de la analogía.

* Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho de Familia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

¹Corte Constitucional. Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²Ibíd., Sentencia C-075 de 2007.

Por todo lo anterior, se pretende ofrecer una aproximación a la aplicación de la Ley 54 de 1990 a este tipo de parejas, que soliciten ser reconocidas legalmente, así como determinar cuáles son sus requisitos y cuando se forma la sociedad patrimonial. Frente a este último aspecto, se intentará también dar respuesta acerca de la posibilidad de que la sociedad patrimonial pueda declararse antes de los dos años exigidos por la Ley, para lo cual se estudiarán, tanto argumentos doctrinales, como la posición de la Corte Suprema de Justicia acerca del tema.

1. Fundamentos constitucionales para reconocerle derechos a las parejas del mismo sexo

La comunidad homosexual ha sido, a lo largo del tiempo, discriminada y desprotegida dentro del mundo jurídico, y se les negaba categóricamente la posibilidad de reconocerles la igualdad de sus derechos civiles y familiares, cuando desde la manifestación de su voluntad, decidían conformar una pareja. Cada vez que se intentaba obtener dicho reconocimiento, las uniones de personas del mismo sexo siempre se tropezaron, más que con razones de fondo y de peso, con circunstancias adscritas a la moralidad pública, que nunca fueron suficientes del todo para negarles su protección, pues siempre fue evidente el privilegio del interés particular de quienes legislaban, sobre la necesidad de regular la realidad que se venía presentando con esta población.

Sin embargo, se debe aclarar que siempre estuvo garantizada la protección en la esfera individual, de la persona homosexual; en todos los casos conseguida a través de sentencias de tutela, donde se reconocieron derechos constitucionales fundamentales como el libre desarrollo a la personalidad, la libre opción sexual y la dignidad humana; pero no se había planteado la posibilidad de ir más allá, hasta el año de 1996, donde se presentó por primera vez una demanda de constitucionalidad contra la Ley 54 de 1990, al considerar que no tenían en cuenta dentro del ámbito jurídico de protección, a las parejas de hombres o de mujeres que decidieran cohabitar de manera estable y permanente.

Al respecto, se plantearon como argumentos, que la Ley violentaba principios fundamentales como el derecho a la igualdad, pues sólo se contemplaba dentro de su ámbito de protección a las parejas de diferente sexo; así como también el de la libre opción sexual, dado que si se admitía que cada persona decidiera libremente su sexualidad, se le negaba la posibilidad de conformar comunidad de vida, en ejercicio de esa sexualidad, con plenos efectos en la Ley. También se esgrimió la violación de otro grupo de derechos que no fueron estudiados a fondo en la decisión tomada en esta oportunidad por la Corte Constitucional frente a la inexequibilidad planteada.

El estudio de constitucionalidad de la Ley demandada y su posterior declaración como exequible, tuvo como resultado la Sentencia C-098 de 1996,³ que fue el primero de los pronunciamientos acerca de la protección de los derechos como pareja de las personas homosexuales, y fue considerada en su momento, como una sentencia fundadora de línea, en tanto se estaba “examinando por primera vez un cierto patrón fáctico con relevancia constitucional. Por esta razón es evidente que la Corte, al decidir estos casos

³Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 7 de Marzo de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

noveles, no cuenta con sentencias anteriores en las que haya una analogía estricta frente a caso nuevo,⁴ y aunque no cambió en nada su situación pues los dejó por fuera del ámbito de protección jurídico, si constituyó un avance importante, toda vez que dejó abierta la posibilidad de realizar un nuevo análisis si se comprobaba que las condiciones del estudio habían cambiado, y de una u otra manera era necesario su reconocimiento, pero como se consideró que este no era el caso, decidió conminar al Congreso de la República para regular la realidad que se venía presentando, pues la acción de constitucionalidad no era el camino apropiado para obtener tan anhelado reconocimiento.

Por razones diversas, el Congreso no cumplió su obligación de regular el tema, y como las condiciones de las parejas del mismo sexo no mejoraron, se allanó el camino para presentar una nueva acción de inconstitucionalidad con base en argumentos distintos, pero sobre la misma Ley 54 de 1990, la cual tuvo como resultado la Sentencia C-075 de 2007,⁵ y más adelante con base en la línea jurisprudencial presentada por estas dos anteriores, la Sentencia C-029 de 2009.⁶

1.1 El derecho a la libre opción sexual

Este derecho fundamental fue analizado por la Corte Constitucional, como ya se expresó, en la Sentencia C-098 de 1996,⁷ y se hizo con base en el supuesto de si el legislador ha debido incluir dentro del mismo ámbito de protección establecido para las parejas heterosexuales, a las del mismo sexo, que eventualmente podían construir de manera permanente y singular una unión; teniendo claro que se trata de un grupo estigmatizado.

Dicho análisis tuvo como resultado, la conclusión de que la Ley demandada no impedía en ningún momento, el ejercicio de ese derecho fundamental, pues no estaba prohibida la formación de este tipo de parejas, y "(...) la sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. En todo caso, la orientación sexual, en modo alguno empece a las personas a celebrar válidamente con sus pares o con terceros, contratos o negocios de contenido patrimonial, inclusive de naturaleza asociativa."⁸ De modo que se limitaba el análisis de este derecho, hasta el punto de sostener que el reconocimiento de la libre opción sexual no podía depender de la posibilidad de conformar parejas del mismo sexo, algo completamente cierto, pero que en todo, caso no resolvía de fondo el problema planteado cuando se cuestionó su inconstitucionalidad.

Por ello, y aunque se ratifican en esta sentencia lineamientos interesantes para la protección de este derecho, se puede decir que su análisis se realizó a partir de una posición equivocada, pues lo discutido no era precisamente, si la Ley demandada impedía

⁴López Medina, Diego Eduardo (2006). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá, Colombia: Legis editores S.A., pág. 114

⁵ Op.cit. Sentencia C-075 de 2007.

⁶ Op.cit. Sentencia C-029 de 2009.

⁷Ibid., Sentencia C-098 de 1996.

⁸Ibid., Sentencia C-098 de 1996.

la formación de parejas del mismo sexo, algo que desde ningún punto de vista fue el argumento de la demanda, sino, que el problema jurídico radicaba principalmente, en la posibilidad de cada quien de escoger libremente a su pareja, independientemente de si era del mismo sexo o no, y que de esta decisión libre y voluntaria, se pudieran derivar efectos jurídicos tales como la protección de sus derechos mediante la aplicación de la normatividad consagrada para las uniones maritales de hecho.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁹ sostiene en sus consideraciones, la defensa en todos los casos de los derechos de estas personas, pero limita su aplicación a la esfera individual, pues no reconoce la posibilidad de conformar una comunidad de vida, de modo que cuando se reconoce ser homosexual, dicha decisión nada tiene que ver con el querer de iniciar una pareja, pues se minimiza el debate hasta el punto de determinar que tal protección no podía ser brindada, en tanto no correspondía a los fines que tuvo la Ley 54 de 1990 al momento de ser expedida, tal y como fue, la protección de un grupo social específico como lo eran en su momento, las parejas conocidas anteriormente como concubinato, que convivían de modo permanente, estable y singular, y no estaban casadas entre sí.

De esta manera, y aunque se reconoce expresamente que la sexualidad hace parte no sólo del libre desarrollo de la personalidad sino también del núcleo esencial de cada quien, que desde su propia autonomía la define, pues “aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos (C.P. art. 15), pertenece a un campo de su libertad, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente y tampoco se genera un daño social,”¹⁰ no se aprovechó la oportunidad para realizar un debate más a fondo, y garantizar su protección no sólo en el ámbito individual, lo que ya estaba estipulado en distintas sentencias de tutela, sino también cuando se decidiera voluntariamente, en virtud de esa libre escogencia de la sexualidad, conformar un proyecto de vida estable y singular.

1.2 El derecho a la igualdad

Este fue el segundo de los derechos a tener en cuenta cuando se tomó la decisión contenida en la Sentencia C-098 de 1996. Frente a este aspecto, la discusión se concentró en determinar, si cuando se expidió la Ley 54 de 1990, el legislador tuvo razones discriminatorias al no incluir dentro de la aplicación de la misma, a otros grupos o hechos sociales que también debieron ser protegidos. En principio, este derecho establece que no debe existir ninguna distinción respecto del tratamiento de la ley frente a las personas, pues en todo caso se deben respetar los derechos humanos, razón por la cual el Estado tiene la obligación de proteger de la misma forma a todos sus ciudadanos, ofreciéndoles los mismos beneficios y garantías, sin ningún tipo de discriminación; ello significaría que desde ningún punto de vista el Estado puede prescindir de su obligación de proteger a los ciudadanos, y en razón de ello debe poner en funcionamiento todo lo necesario para garantizar el efectivo cumplimiento de este derecho.

⁹Ibíd., Sentencia C-098 de 1996.

¹⁰Ibíd., Sentencia C-098 de 1996.

Así, como la discusión la concentró en si había existido o no discriminación al momento de expedir tal Ley, nuevamente la Corte regresó al argumento de su finalidad, que no era otra sino la de regular aspectos patrimoniales y los concernientes a la familia, de quienes decidieran conformarla por vínculos naturales, dando alcance al artículo 42 de la Constitución Política, es decir, que la Ley 54 de 1990 obedeció a la necesidad de proteger ese tipo de uniones legalmente, pues “(...) sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por el matrimonio, avanza en el sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales.”¹¹ Lo anterior, porque si bien es cierto, la sociedad le había, por decirlo de algún modo, brindado su apoyo de forma débil a este tipo de parejas, por intermedio de figuras como el enriquecimiento sin causa y la sociedad de hecho entre concubinos, debido a su complejidad y dificultad probatoria, se limitaban notoriamente las posibilidades de demostrar que en algún punto se tenía un patrimonio en común, perteneciente por partes iguales a ambos componentes de la pareja; también lo era que no existía ninguna normatividad en defensa de sus derechos, algo que finalmente se logró con la Ley 54.

Razones esgrimidas en ese momento, que no perdieron su actualidad, pues en ese entonces la situación de las parejas del mismo sexo era idéntica, lo que no fue tenido en cuenta por la Corte Constitucional al de tomar su decisión, realidad que además de requerir especial atención, debió regularse, pues como es sabido que los hechos reglamentados por la ley son cambiantes, y ante su movilidad, es el derecho quien tiene la obligación de adecuarse, pues de otra manera las regulaciones existentes se convertirían en letra muerta que no podrían aplicarse, por no estar acordes con la realidad.

Como se trataba de proteger la conformación de la familia mediante vínculos naturales, la discusión además de analizar los fines de la Ley, tuvo como argumento de apoyo el hecho de que las parejas del mismo sexo en ningún caso podían considerarse como tal, toda vez que “las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su "protección integral" y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales,”¹² con lo cual se determinó la imposibilidad de brindar una protección en materia de igualdad, a hechos profundamente desiguales, como se consideraba en ese momento, frente al tratamiento de las parejas heterosexuales y las homosexuales, sin que ello significara en ningún caso, la violación de este derecho fundamental.

Al sustentar el derecho de igualdad, en la tesis de la imposibilidad de conformar una familia, la Corte Constitucional como era de esperarse, no permitió el reconocimiento de las uniones homosexuales, olvidando que “cuando las parejas homosexuales deciden hacer vida en común no se trata exclusivamente de meros arreglos económicos. Las parejas heterosexuales tienen en la Ley 54 la garantía de sus derechos, pero a las parejas homosexuales se les ha enviado a resolverlos de manera voluntaria a través de escrituras públicas y otro tipo de arreglos económicos, (...)”¹³ pues en todo caso, como sucedió con

¹¹Op.cit. Sentencia C-098 de 1996.

¹²Ibid., Sentencia C-098 de 1996.

¹³Fajardo Arturo, Luis Andrés y Sánchez Buitrago, Marcela (2005). *Voces Excluidas: Legislación y derechos de lesbianas, gais, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores del Grupo T.M.S.A., págs. 89- 90

las uniones maritales en su momento, pueden tener además de complicaciones, límites legales, que no garantizaban en ningún caso la protección efectiva de sus derechos.

Sobre este presupuesto comenzó a tomar fuerza la figura de la sociedad de hecho, para proteger de alguna forma el patrimonio conseguido por las parejas del mismo sexo durante su convivencia, utilizando las herramientas ofrecidas por la Ley, para evitar que el esfuerzo de años en la mayoría de los casos, se viera afectado por la falta de regulación legal al respecto. De esta manera, se empezó a comprender que “un mínimo que podría reconocer el Estado colombiano tiene que ver con los efectos patrimoniales de las parejas homosexuales. La diferenciación en este sentido produce una profunda diferenciación entre personas en virtud de su orientación sexual e identidad de género.”¹⁴ Pero, al determinar la inexistencia frente al quebrantamiento del derecho fundamental a la igualdad, se perpetuó la violación de todos sus derechos ante la separación de su pareja o por muerte, lo cual se constituyó en el caso de vulneración más evidente que existía hasta el momento en la legislación, así lo sostienen autores como Fajardo A. Luis y Sánchez B. Marcela cuando señalan que “(...) la Corte Constitucional Colombiana, considerada uno de los órganos más avanzados en el mundo en cuestiones de Derechos Humanos, no ha querido reconocer la violación de los derechos fundamentales. Por su parte el legislador colombiano también ha hecho eco de estas interpretaciones restrictivas y tampoco ha querido reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo.”¹⁵

Sobre este contexto, se abrió la posibilidad para que una nueva decisión de la Corte Constitucional cambiara el escenario de la protección de las parejas homosexuales, y se aplicara de manera plena y congruente el derecho a la igualdad. Con este precedente, se inició un nuevo análisis sobre los hechos antes mencionados, y ello tuvo como resultado, la Sentencia C-075 de 2007,¹⁶ que significó un gran avance en materia de protección de los derechos de la comunidad homosexual cuando decidían conformar una comunidad de vida de forma permanente, estable y singular.

1.3 El derecho a la libre asociación

Este derecho hace parte de un nuevo análisis realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-075 de 2007, cuando mediante una nueva acción de inconstitucionalidad, se volvió a demandar la Ley 54 de 1990, con el objetivo de obtener el reconocimiento de los derechos de las uniones eventualmente conformadas por homosexuales. La sentencia en sí, constituye un importante avance, pues incluyó dentro del ámbito de protección de la Ley demandada, a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, antes de poder llegar a esta decisión, se realizó un interesante test de cosa juzgada frente a lo ya decidido en la C-098 de 1996, pues como es sabido, ya existía un pronunciamiento constitucional anterior sobre los mismos aspectos, y con idéntica finalidad.

Superado entonces el tema de la cosa juzgada, pues se determinó que esta no existía, toda vez que el primer análisis se limitó simplemente a realizar el examen de constitucionalidad sólo con base en el derecho a la libre opción sexual y a la igualdad, y dejó de lado el estudio de todos los demás derechos constitucionales fundamentales o no,

¹⁴Ibid., Fajardo Arturo, Luis Andrés y Sánchez Buitrago, Marcela. Pág. 90

¹⁵Ibid., Fajardo Arturo, Luis Andrés y Sánchez Buitrago, Marcela. Pág. 91

¹⁶Op.cit. Sentencia C-075 del 7 de 2007.

que se pudieran ver violentados con la falta de protección a esta comunidad. Por lo anterior, el nuevo análisis fue realizado con base en derechos que no fueron tenidos en cuenta en el primer fallo, tales como lo son el derecho a la libre asociación y el principio de la dignidad humana.

Generalmente, se ha entendido en la doctrina ese derecho de asociación, “como la convención mediante la cual dos o más personas ponen en común, de manera permanente, bienes, conocimientos o actividad con el fin de alcanzar metas económicas o de cualquier otra naturaleza,”¹⁷ que necesita para poder ejercerse, de la concurrencia de tres elementos esenciales: un acuerdo de voluntades, la permanencia y un objetivo en común. Si ello es así, el caso de las parejas homosexuales cumpliría con todos los requisitos mencionados, pues cuando se habla de una comunidad de vida, se refiere a la posibilidad de conformar una pareja con la intención de convivir (acuerdo de voluntades), permanecer juntos mientras así lo decidan, y conformar una sociedad de bienes (objetivo común).

Fue la anterior, una de las motivaciones principales al demandar nuevamente la exequibilidad de la norma, pues se argumentó que en nuestra Constitución “no se excluye la posibilidad de que las parejas homosexuales hagan uso de su derecho a la libre asociación para convivir en pareja y vivir libremente su sexualidad, toda vez que el concepto de pareja, independientemente de que se trate de personas homosexuales o heterosexuales, se refiere a una forma asociativa diferente al de familia (...).”¹⁸ De esta manera se pretendía demostrar que las uniones homosexuales, podían conformarse independientemente de la posibilidad de construir o no una familia, consideración determinante en las motivaciones de la Sentencia C-098 de 1996, pero que, actualmente no era apta para desconocer la protección jurídica a quienes tenían derecho, dentro del ámbito de aplicación de la Ley de 54 1990. Con esta fundamentación se “desvió” el análisis de la protección patrimonial, del concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la C.P., y se logró que la Corte Constitucional reconociera que:

La decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.¹⁹

Así las cosas, se concluyó la existencia de una discriminación injustificada frente a las parejas del mismo sexo, pues mientras se les reconocía el derecho determinar su sexualidad, tal protección se limitaba sólo al ámbito individual, y, cuando decidían conformar una unión con un proyecto de vida en común, de forma permanente y estable, la defensa de sus derechos les era negada, en tanto no se les permitía resolver legalmente los conflictos patrimoniales que se presentaban cuando cesaba su vida en pareja. Por lo anterior, se decidió, más que proteger a la familia, reconocer a la pareja formada en virtud

¹⁷Velásquez Turbay, Camilo (2004). *Derecho Constitucional*. Bogotá: Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Pág. 389.

¹⁸Op.cit. Sentencia C-075 de 2007.

¹⁹Ibid., Sentencia C-075 de 2007

del derecho de asociación “(...) que hoy por hoy presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado,”²⁰ razón por la cual mantener su aplicación únicamente para las uniones heterosexuales, significaba no sólo ignorar la realidad formada por este tipo de parejas, sino también mantener esa diferenciación.

1.4 El principio de la dignidad humana

La dignidad humana es un principio fundante de nuestro Estado Social de Derecho, que encuentra su consagración expresa en el preámbulo de nuestra Constitución Política. Como principio, no puede considerarse aisladamente, sino que de su garantía dependen también, muchos de los otros derechos consagrados en nuestro texto constitucional, así, puede decirse que tiene relación directa con las expresiones propias de la autonomía de la voluntad, y con el libre desarrollo de la personalidad.

De manera que, cuando se reclama el respeto de este principio, se está defendiendo el derecho de cada quien a autodeterminarse y a formar una pareja, siempre y cuando no se vulneren derechos de terceros ni el interés general, pues en ningún caso, puede sobreponerse el interés general a derechos inherentes a la persona humana, que es lo sucedido cuando el legislador establece expresamente que serán las parejas heterosexuales quienes tengan derechos patrimoniales y no los homosexuales, pues se está diferenciando a una minoría a quienes no se les permite “(...) la libertad de elección de un plan de vida en concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.”²¹ En este sentido, para la Corte Constitucional resulta claro, que esa falta de protección jurídica a la realidad constituida por las parejas de mismo sexo violenta su dignidad “porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar.”²²

Con base en esta argumentación, se decide finalmente, concederle la protección patrimonial a las parejas del mismo sexo, que en ejercicio de su derecho de libre asociación, decidan de manera libre y voluntaria conformar un proyecto de vida, de manera permanente y singular, pues se reconoce que una decisión en sentido contrario sería como permitir las limitaciones al ejercicio de la autonomía de estas personas, situación que a todas luces, no resulta acorde con el libre desarrollo de su personalidad.

Se ratifica entonces, que la protección no puede limitarse sólo a la esfera individual de la persona, sino que debe ser integral, en todos los campos jurídicos donde pueda ser amparado, y fue allí precisamente, donde lo decidido por la Corte Constitucional en esta ocasión, se queda corto, pues aunque significa un gran avance la aplicación de la Ley 54 de 1990, se les concede derechos patrimoniales de forma genérica, sin especificar claramente cuáles son y cómo se va a garantizar exactamente su cumplimiento. Ello, porque se podría pensar que cuando la sentencia habla de la concesión de derechos

²⁰Ibid., Sentencia C-075 de 2007.

²¹Sentencia T-881 de 2002. Citado por: Corte Constitucional, Sentencia C 075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²²Op.cit. Sentencia C-075 de 2007.

patrimoniales a las parejas del mismo sexo, no solamente se refiere a la posibilidad de reclamar gananciales si eventualmente se llegara a constituir una sociedad patrimonial, sino también a la de pedir otros derechos, que hasta el momento les eran reconocidos a las uniones heterosexuales, tales como el de pedir alimentos, la afectación a vivienda familiar o el patrimonio de familia.

2. La aplicación de la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo

Frente este aspecto, se hace necesario reconocer, que la aplicación de la Ley 54 de 1990 significó un avance importante en cuanto a la protección en materia jurídica y legislativa para el reconocimiento de la parejas del mismo sexo, pues cuando la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad condicionada de la norma, se convirtió en un legislador secundario o negativo, ya que establece los lineamientos sobre los cuales ésta debe interpretarse. Tampoco puede dejarse de lado el hecho de que el efecto más importante de esa protección, es la posibilidad de constituir una sociedad patrimonial, en el entendido de que la expresión “derechos patrimoniales” utilizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-075 de 2007, se refiera exclusivamente a la posibilidad de reclamar gananciales, lo cual necesariamente tuvo que ser aclarado en posteriores pronunciamientos.

En todo caso, debe quedar claro, “que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la Ley para las uniones 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 amparado por la presunción,”²³ y de igual manera, podrán acudir a los medios legales establecidos en la Ley 979 de 2005, como lo son, la conciliación cuando se dé el ánimo entre las partes, ante notario para realizar una escritura pública y hacer efectivos sus derechos patrimoniales, y también se puede acudir ante la jurisdicción, para que un juez, declare la existencia de la pareja.

De otro lado, es necesario precisar, que el reconocimiento brindado a las parejas del mismo sexo es independiente de la discusión que aún hoy en día continúa vigente, sobre la posibilidad de este tipo de uniones de conformar una familia, tal y como lo establece el artículo 42 de la Constitución Política. Sobre el tema todavía no se ha realizado un análisis de mayor profundidad, se considera simplemente como fundamento principal para no poder establecerla, el hecho de que se requiere de un hombre y una mujer, es decir, que la protección recae sólo sobre la familia heterosexual, requisito consagrado no sólo constitucional sino también legalmente. Por el momento, queda claro que la protección brindada a las parejas del mismo sexo, recae, como se expresó, sobre la base constitucional del derecho de la libre asociación y el principio de la dignidad humana, pues se trata de una extensión de la protección consagrada en la Ley 54 de 1990, dado que no existe todavía una Ley que regule su situación, y se les reconoce, sólo como una unión protegida dentro del derecho en vista de su especial condición, pero en ningún caso como una forma válida de construir una familia.

²³Ibid., Sentencia C-075 de 2007.

2.2 Requisitos para que puedan ser reconocidos como una unión de parejas del mismo sexo

Dado que la Ley 54 de 1990 tuvo como finalidad proteger a la familia por la voluntad responsable de conformarla, se establecieron unos requisitos con el fin de demostrar su existencia, tales como, la exigencia de que la unión marital fuera conformada por un hombre y una mujer, sin matrimonio entre ellos, y que además formaran una comunidad de vida permanente, estable y singular. Sin embargo, las uniones constituidas por una parejas mismo sexo al no ser consideradas como familia, no se les puede exigir por razones obvias, la inexistencia de matrimonio entre ellos, pues se trata de un asunto que ni siquiera encuentra soporte legal en la Ley. Por lo tanto, lo único que deben demostrar las parejas del mismo sexo cuando deseen reconocer su unión, a través de los medios legales que disponen para ello, es la existencia de una comunidad de vida permanente, singular y exclusiva.

Razón por la cual, el factor más importante para que se les pueda brindar protección jurídica a las parejas del mismo sexo, lo constituye la comunidad de vida que es donde finalmente se representa la voluntad de realizar una proyecto en común, pues es donde se establecen “(...) la comunidad de intereses, de esfuerzos y de realizaciones durante el tránsito vital, si bien no con la pretensión del vínculo sacramental ni del lazo matrimonial, al menos con la vocación de una dilatada permanencia.”²⁴ Así, esa comunidad de vida debe transformarse en una convivencia de manera constante, y con el deseo de mantener esa situación, sin exigirles como elemento adicional alguna temporalidad, pues basta con demostrar la intención de convivir por tiempo indefinido. Lo anterior significa, que la aplicación de la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo, depende en gran medida de la verificación del elemento de la comunidad de vida, de singular importancia, pues sobre ésta se va a edificar toda la protección allí consagrada, materializando, como lo expresó la Corte Constitucional, el ejercicio de la libre asociación.

Pero, esa comunidad de vida ha de ser permanente, en el sentido de que se trate de “(...) algún periodo determinado o determinable que coloca en evidencia la prolongación de la voluntad de convivir, sin alterar el estado de cosas de la situación, las cuales así duran o persisten cierto espacio de tiempo.”²⁵ Lo cual permite concluir, que dicha comunidad de vida debe estar dirigida a la cohabitación, tal y como se exige para cada pareja heterosexual cuando ha decidido contraer matrimonio y también cuando se comienza una unión marital de hecho, esto es, el compartir lecho, techo y mesa, lo que implica de una manera u otra el establecimiento de ese proyecto de vida planteado de forma durable, no transitoria ni esporádica, pues de otro modo, no podría esperarse que una pareja comparta todos los aspectos y situaciones que trae el compartir día a día.

Además de lo anterior, se exige el elemento de la singularidad de donde “(...) emana la obligación de la fidelidad y la insalvable imposibilidad para los compañeros de hacer vida marital al unísono con otra persona, obligación que impide la coexistencia de la unión

²⁴Montoya Medina, Luis Eduardo (2009). *Derecho de Familia: El drama constitucional de los derechos*. Bogotá: Ediciones Jurídica Radar, pág. 43

²⁵Ibid., Montoya Medina, Luis Eduardo, pág. 44

marital con otras de la misma o de diferente calidad (...).²⁶ Razón por la cual ha de entenderse que la singularidad materializa la obligación de la fidelidad entre la pareja del mismo sexo, que ésta no se ve vulnerada, si uno de los integrantes de la pareja sostiene relaciones accidentales o esporádicas con otra persona diferente, a no ser cuando se demuestre que éstas han sido tan estables y constantes, que desvirtúan en sí mismas la anterior pareja que se había conformado, pues como lo consideró la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 10 de abril de 2007 “(...) la singularidad que le es propia no se destruye por el hecho de que un compañero le sea infiel al otro, pues lo cierto es que aquella, además de las otras circunstancias previstas en la ley, cuyo examen no viene al caso, solo se disuelve con la separación física y definitiva de los compañeros.”²⁷ Así las cosas, la singularidad se extingue únicamente cuando se da la separación definitiva de la pareja, pero no puede sostenerse su terminación simplemente por la ocurrencia de una infidelidad, pues no siempre se rompe con la estabilidad y exclusividad mantenida por la pareja del mismo sexo.

Por todo lo anterior, si se verifica el cumplimiento de todos los elementos: la comunidad de vida determinada en la existencia de “(...) la colaboración, el auxilio, el respeto mutuo, el ánimo de vivir juntos,”²⁸ y además de ello, que dicha comunidad sea permanente, estable y singular, se puede declarar si la pareja así lo desea, la existencia de una convivencia de personas del mismo sexo, porque no existe la posibilidad de constituir una unión marital de hecho, pues lo que se reconoce es la conformación de este tipo de parejas, bajo la protección jurídica consagrada en la Ley 54 de 1990.

2.3 Requisitos para que esa unión tenga efectos patrimoniales

El reconocimiento de la existencia de la pareja del mismo sexo, da pie a que se presuma el nacimiento de la sociedad patrimonial, considerado como el efecto más importante de la protección que les fue otorgada en la sentencia C 075 de 2007.²⁹ La importancia de ésta sociedad se deriva de la posibilidad de reclamar gananciales, entendidos doctrinariamente como la “comunidad de bienes conformada por los compañeros por el hecho de la unión marital, cuya administración está en cabeza de cada uno de ellos, para el sostenimiento de los mismos,”³⁰ lo cual tiene como resultado necesario que a cada integrante de la pareja del mismo sexo se le otorgue lo correspondiente, en virtud de su participación en la conformación de dicha sociedad, liquidada proporcionalmente en la mayoría de los casos, de acuerdo al patrimonio conseguido por la pareja.

Ahora, para que ese reconocimiento de la pareja del mismo sexo tenga efectos patrimoniales, se necesita del cumplimiento de dos requisitos: el primero, es la existencia de la comunidad de vida permanente y singular, y el segundo, es la temporalidad consagrada en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, para presumir el nacimiento de la sociedad, y no sea necesario por parte de la pareja, probar su existencia. Dicha

²⁶Ibid., Montoya Medina, Luis Eduardo. Pág. 46

²⁷Sentencia del 10 de abril de 2007, Corte Suprema de Justicia. Citado por: Parra Benítez, Jorge. Derecho de Familia. (2008) Bogotá: Editorial TEMIS S.A., pág. 303

²⁸Op.cit. Montoya Medina, Luis Eduardo. Pág. 49

²⁹Op.cit. Sentencia C-075 de 2007.

³⁰Quiroz Monsalvo, Aroldo (2007). *Manual civil de familia: Sociedad Conyugal y Patrimonial de Hecho*. T. VI. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Pág. 168

temporalidad, es referida al término de los dos años de convivencia entre una pareja homosexual sin impedimento legal para contraer matrimonio, o con impedimento legal para casarse, pero con la condición de tener disuelta (no es necesaria la liquidación, pues lo que se busca es la no coexistencia entre sociedades, tal y como lo interpreta, actualmente la Corte Suprema de Justicia al analizar la aplicación de esta exigencia) la sociedad conyugal anterior, antes de iniciar la nueva convivencia.

Disposición ésta que debe ser aplicada en su totalidad a las parejas del mismo sexo en virtud de la igualdad jurídica, pues si bien éstas no pueden contraer matrimonio entre sí, si puede, un integrante de la pareja casarse con una mujer, o, conformar también una unión marital de hecho, como lo exige la ley, situación no prohibida por ninguna normatividad, pues es una realidad social que en nuestro medio existen también personas bisexuales, que pudiendo estar casados, deciden en un momento dado, iniciar una convivencia con una persona de su mismo sexo, razón por la cual, puede tener vigente una sociedad conyugal anterior que debe estar disuelta para poder verificarse la existencia de la sociedad patrimonial. Desde este punto de vista, serían diferentes los elementos necesarios para reconocer la existencia de la pareja del mismo sexo, y los obligatorios para poder conformar la sociedad patrimonial, pues no existe impedimento alguno, para la existencia de la pareja, reconocida por alguno de los instrumentos de ley, sin que se verifique el nacimiento en un momento dado, de la sociedad patrimonial.

2.4 Diferencias entre los requisitos de la unión de parejas del mismo sexo y los de la sociedad patrimonial

De la misma lectura de la Ley 54 de 1990, se puede inferir su intención de separar los elementos o requisitos de la existencia de la unión marital de hecho, consagrados en su artículo primero, entendido en su aplicación, como ya se explicó anteriormente para las parejas del mismo sexo, y los de la sociedad patrimonial en el segundo, por lo cual se hace evidente, la separación de las dos situaciones jurídicas. Es por ello, que se ha considerado, acertadamente en la doctrina, la posibilidad, anteriormente mencionada sobre la existencia de la pareja del mismo sexo, o de la unión marital, sin que de esta situación fáctica se deriven efectos patrimoniales.

Las dos situaciones entonces, pueden pensarse como suplementarias, pues, como ya se indicó, el reconocimiento de la pareja del mismo sexo es indispensable para poder declarar o presumir la existencia de la sociedad patrimonial, de modo su unión, debe primero considerarse como una pareja legalmente constituida declarada por alguno de los medios que trae la Ley 979 de 2005, para que posteriormente puedan ser beneficiarios de una sociedad construida “con el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos”, el cual pertenece a los miembros de la misma por partes iguales, tal y como lo señala el artículo tercero de la Ley 54 de 1990. Lo anterior, nos permite concluir que “en efecto, en primer término, se debe dar la unión marital de hecho cuya prueba se preconstituirá conforme a lo expresado, recurriendo a los medios que para el efecto señala el Código de Procedimiento Civil. En segundo término, habrá que demostrar la permanencia de esa unión por espacio no inferior a dos años.”³¹

³¹Suarez Franco, Roberto (2006). *Derecho de Familia: Régimen de las personas*. T.I. Bogotá: Temis S.A., Pág. 451.

Sin embargo, no se puede perder de vista el hecho de que la temporalidad exigida para que se pueda presumir la existencia de la sociedad patrimonial, no es un requisito necesario para la declaración de la existencia de pareja del mismo sexo, o de la unión marital de hecho, cuando sea el caso, pues para la configuración de la comunidad de vida permanente y singular, la ley no exige ningún término, de modo que no existe razón alguna para considerarlo como un elemento constitutivo de su declaración. Lo anterior, porque existe la tendencia, en un sector de la doctrina y hasta en la jurisprudencia, de confundir los requisitos para la existencia de esta pareja o de la unión marital de hecho, con los necesarios para nacimiento de la sociedad patrimonial, pues se sostiene, que antes de cumplir el término de los dos años, no es posible su reconocimiento, situación que a todas luces, no guarda concordancia con lo manifestado sobre sus diferencias, ni con la finalidad de la ley al separar las dos situaciones jurídicas.

3. ¿Puede la sociedad patrimonial existir antes de los dos años?

La primera parte del artículo segundo de la Ley 54 de 1990 dice: “se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en los siguientes casos:” uno, cuando la pareja del mismo sexo o la heterosexual esté conformada por personas que no tengan impedimento para casarse entre sí, y el segundo, cuando teniendo el mencionado impedimento, la sociedad conyugal que se haya formado, se encuentre al momento de la iniciación de la nueva convivencia disuelta y liquidada según la ley.

En ambos casos, se establece expresamente que la duración de la comunidad de vida permanente y singular deber ser por “un lapso no inferior a dos años”, lo cual ha significado el establecimiento de dos posiciones en orillas opuestas frente a sus argumentaciones, pues, hay quienes consideran que antes del transcurso de este término, no es posible la existencia de la sociedad patrimonial; máxime cuando la ley exige expresamente para su configuración el transcurso del bienio. De otro lado, quienes tienen una opinión contrapuesta, sostienen que en el artículo segundo de la Ley 54 de 1990 no existen elementos constitutivos de la sociedad patrimonial, sino simplemente requisitos para presumirla, tal y como se infiere de su redacción, pues si fuera de otra manera, el artículo no diría “se presume”, sino “se forma” sociedad patrimonial, caso en el cual, explican si sería necesario el transcurso de los dos años.

Así las cosas, “la presunción del artículo 2º de la ley 54 de 1990 no es regla de fondo, constitutiva de la sociedad patrimonial, sino un medio de prueba de esta. O sea, que “no es requisito para que exista” la sociedad patrimonial, que transcurra el bienio, sino que este permite que opere la presunción.”³² No de otra manera, se estaría de acuerdo con lo establecido por la disposición mencionada, pues la presunción allí consagrada, es legal, no es de derecho, pues de ser así, el texto sería “se presume de derecho, (...)” ya que este tipo de presunciones deben estar expresamente consagradas en la Ley, y no admitiría prueba en contrario, motivo por el cual se haría necesario el transcurso del bienio.

³²Op.cit. Parra Benítez, Jorge, pág. 312

Pero al tratarse de una presunción legal, es perfectamente desvirtuable, si se logra demostrar, por cualquiera de los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, que la existencia de la sociedad patrimonial se dio antes del cumplimiento de los dos años, pues pasado este término, basta con que la pareja del mismo sexo demuestre los elementos constitutivos de la presunción, tales como la existencia de una comunidad de vida permanente y singular, para que la Ley presuma su existencia, y por ende, no tienen que demostrarla.

Esta sería la interpretación más adecuada, conforme a la finalidad que tuvo la Ley 54 de 1990 al ser expedida, tal cual fue la protección de un grupo social evidentemente discriminado, como lo fueron en su momento los concubinatos, y más adelante con la situación presentada con las parejas del mismo sexo, a los cuales se les reconocieron derechos en virtud de la igualdad y de la libre asociación. Por ello, no sería consecuente, que dicha la protección patrimonial se les brindara solamente después de haber pasado los dos años, pues eso sería como propiciar de nuevo el uso inadecuado de figuras como la sociedad de hecho, o el enriquecimiento ilícito, y de otra manera, existiría un vacío jurídico, respecto a cuál sería la normatividad aplicable en el evento de reclamar la disolución de una sociedad que tuvo como duración un término inferior al consagrado por la Ley, es decir, de dos años.

Lo razonable sería entonces, darles la posibilidad de demostrar no sólo la existencia de la convivencia permanente y singular tal y como se hace hoy en día, por los instrumentos de ley, sino también la de la sociedad patrimonial, cuando ésta no se presuma, porque simplemente tuvo una duración menor a los dos años, pues, de no ser así, la protección brindada de todos modos habría quedado en todo caso, incompleta. Y sumado ello a lo anterior, se presentaría la necesidad de determinar qué pasaría con los bienes conseguidos antes de cumplirse dicho término, producto de la ayuda y trabajo mutuos, que deben repartirse en partes iguales entre los integrantes de la pareja, pues de una interpretación tan restrictiva del artículo segundo de la Ley 54 de 1990, no se percibe ninguna solución.

4. Posición de la Corte Suprema de Justicia frente al nacimiento de sociedad patrimonial

El tema del nacimiento de la sociedad patrimonial, ha sido analizado en algunas decisiones, producidas en la Sala Civil, cuando se resuelve en sentencias, el recurso extraordinario de casación. Realmente, el tema de las presunciones, se trata de forma taxativa, es decir, que aparte de las situaciones consagradas en los literales *a* y *b* del artículo segundo de la Ley 54 de 1990, no existen otras vías para obtener el reconocimiento de la existencia de la unión marital de hecho, pues sólo se puede formar, cuando se trate de una pareja sin impedimento legal para contraer matrimonio y que no estén casados entre sí, pues en tal evento, en ningún caso se obtendría la calidad de compañeros permanentes por tener la de cónyuges, ya que de “la adecuada lectura de la Ley 54 de 1990; lleva a concluir que -así confluyeran las demás circunstancias requeridas para ese efecto- no surgirá una unión marital de hecho entre compañeros permanentes -y

menos podrá presumirse el advenimiento de una sociedad patrimonial de esa naturaleza mientras entre ellos subsista un vínculo matrimonial.”³³

El otro camino para lograr ese reconocimiento, se da cuando, teniendo impedimento legal para contraer matrimonio, se disuelve y liquida con un año de anterioridad, la sociedad conyugal que se pudiera haber formado. Inicialmente, en las primeras decisiones que se encuentran sobre esta posibilidad, desde la primera instancia, pasando por el tribunal, hasta llegar a la decisión del recurso de casación, era indispensable que ese año pasara para empezar a contabilizar el tiempo de duración de la convivencia permanente y singular, y, si por alguna u otra razón, ésta se había iniciado antes de terminar con la sociedad conyugal formada durante el matrimonio, se “descontaba” ese año exigido por Ley de la duración total de la unión, y, si no tenían los dos años de permanencia, no se declaraba la existencia de la unión marital, ni la de la sociedad patrimonial.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia cambió el precedente jurisprudencial sembrado sobre esta situación, al considerar, que “no se justifica hacer ninguna diferencia entre quienes tienen vínculo anterior y quienes no, pues lo fundamental es que quienes conforman esa nueva familia, hayan disuelto la sociedad conyugal anterior, si es que la tuvieron, pues como se dijo (...) la cuestión es “rigurosamente económica o patrimonial.”³⁴ De manera que hoy en día, no es dable exigir por los jueces el término de un año posterior a la disolución y la liquidación para que pueda iniciarse la convivencia entre los compañeros permanentes. En este sentido, y aunque se reconoce en un par providencias, lo que se está permitiendo, en el fondo, es el quebrantamiento de la obligación marital de la fidelidad, máxime cuando no existe sentencia de divorcio, sino de separación de bienes o de cuerpos, esto no fue considerado como ningún obstáculo jurídico para permitir la formación de una nueva vida marital con ciertos efectos jurídicos, pues en todo caso, ello se constituiría en una causal válida para solicitar el divorcio.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia dirimió el conflicto que se presentaba, cuando, por los jueces de primera y de segunda instancia se exigía la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, para poder iniciar conforme a la ley, la convivencia entre los compañeros permanentes, pues si se disolvía pero no se liquidaba, entonces no habría lugar a que se declarara la unión marital, ni mucho menos los efectos patrimoniales que de ella se derivan. Así se consideró que “si el designio fue, como viene de comprobarse a espacio, extirpar la eventual concurrencias de sociedades, suficiente habría sido reclamar que la sociedad conyugal hubiese llegado a su término, para lo cual basta simplemente la disolución. Es esta, que no la liquidación, la que le interfiere la muerte a la sociedad conyugal.”³⁵ Por esta razón, se determinó que esa expresión contenida en el artículo segundo de la Ley 54 de 1990, era insubsistente, por encontrarse manifiestamente contraria a la norma de normas, como lo es la Constitución, por lo cual se dejó establecido que la liquidación de la sociedad conyugal no es una condición esencial para

³³Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 2 de septiembre de 2005. Expediente 7819. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

³⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 4 de septiembre de 2006. Expediente 69601. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

³⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 10 de septiembre de 2003. Expediente 7603. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

comenzar la convivencia entre los compañeros permanentes, y se les puedan otorgar, los efectos jurídicos que la Ley tiene consagrados para ellos.

Por otro lado, de la lectura de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, se concluye, que la declaración de la existencia de la unión marital de hecho, se constituye en un requisito sin el cual no se puede presumir el nacimiento de la sociedad patrimonial, ni determinar su existencia, ratificando lo establecido en la doctrina, en tanto no puede existir una sin darse la otra, pero, se confunden de manera evidente, los requisitos necesarios para que se dé una u otra situación jurídica, pues el elemento de la temporalidad, se toma como necesario para declarar la unión marital, desconociendo el hecho de que pueden existir perfectamente este tipo de uniones sin efectos patrimoniales, pues, cuando se analiza el caso en concreto, se pide que la comunidad de vida y la permanencia hayan tenido una duración superior a los dos años, sino no se puede reconocer ni la existencia de la convivencia, ni la sociedad patrimonial. Por lo mismo, no se encuentran pronunciamientos donde se reconozca únicamente, la existencia de la unión marital.

Así las cosas, para que la declaración de la sociedad patrimonial sea exitosa, primero se tienen que comprobar plenamente, los requisitos de la existencia de la unión marital de hecho, pues la falta de uno de ellos, lleva al traste la pretensión del surgimiento de los efectos patrimoniales, de modo que:

(...) si los compañeros son solteros y conviven maritalmente el bienio consagrado por la ley, sencillamente, tal maritalidad hace presumir la sociedad patrimonial, si hubiere algún lazo matrimonial de cualquiera de los compañeros permanentes con terceras personas, se hace indispensable para presumir la sociedad patrimonial, que las respectivas sociedades se hayan disuelto y liquidado en el término reclamado por la ley.³⁶

De esta manera, se ratifica lo expresado anteriormente, en el sentido de que el término de los dos años, se toma por la Corte Suprema de Justicia, como un requisito constitutivo no de la sociedad patrimonial, sino de la unión marital de hecho, razón más que suficiente para concluir que tampoco se admite la posibilidad de conformar la sociedad patrimonial antes de cumplir el término de los dos años, pues aunque se reconoce expresamente que se trata de una presunción legal, que admite prueba en contrario, siempre se determina “la inexistencia de la unión marital de hecho entre los mencionados compañeros bajo el poderoso argumento de que no se prolongó por el mínimo de los dos años exigidos por el legislador, para que surja la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.”³⁷ En todo caso, tal situación no ha sido explorada a fondo por la Corte Suprema de Justicia, pues no existe precedente hasta ahora de un recurso de casación donde se pida el reconocimiento de la sociedad patrimonial antes de cumplir el bienio, dado que en todos los casos analizados, la comunidad de vida permanente y singular siempre se había mantenido por un término superior.

³⁶Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 29 de noviembre de 2002. Expediente 7374. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

³⁷Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Expediente 55601. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

5. De los derechos concedidos actualmente a las parejas homosexuales por la vía jurisprudencial, en virtud de la protección de su unión

Desde la Sentencia C-075 de 2007, donde se le otorgaron derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, sin especificar claramente cuál era su alcance y cuales derechos patrimoniales se refería, se comenzó a allanar el camino, para la concesión de otro tipo de derechos, no sólo en el ámbito patrimonial, sino también de derechos que principalmente se situaban en el campo de lo social. Posteriormente, cuando tomó fuerza la interpretación realizada por algunos doctrinantes y por la misma jurisprudencia, cuando se delimitó la aplicación de esos derechos patrimoniales, a la posibilidad de conformar parejas del mismo sexo, como fruto de una convivencia permanente y exclusiva, y a la de constituir una sociedad patrimonial, se hizo evidente que la protección brindada, estaba lejos de ser integral.

Con este precedente constitucional, y, ante la falta de legislación por parte del congreso, para reconocerles todos los derechos a las parejas de mismo sexo, y así poder garantizar su protección integral, o por lo menos cercana a lo que se había logrado frente a la unión marital de hecho, se fueron presentando ante la Corte Constitucional nuevas demandas de control de constitucionalidad sobre distintas normatividades que de alguna u otra manera, les significó una defensa de sus derechos más allá de la concesión del derecho patrimonial a reclamar ganancias, cuando se formara una sociedad patrimonial.

Dichas de demandas de exequibilidad, tuvieron como resultado pronunciamientos en torno al derecho a la salud, más concretamente, sobre la posibilidad de que un homosexual afiliara a su pareja al POS y cotizara con el fin de que se le brindase atención médica, lo cual hasta la decisión emitida en la Sentencia C-811 de 2007,³⁸ no era posible, en tanto se les negaba dicha afiliación con el argumento de no constituir familia, o una unión marital de hecho, pese a que para la fecha del fallo, ya existía el precedente de la Sentencia C-075 de 2007. Se discriminaba entonces, en razón del ejercicio de la libre opción sexual, situación que constitucionalmente se encontró como censurable. Se les protegió también, en materia de seguridad social, cuando se estableció que el compañero homosexual podía ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, en igualdad de condiciones frente a las parejas heterosexuales, dicha disposición quedó plasmada en la Sentencia C-336 de 2008.³⁹ La Corte Constitucional también advirtió, que dichos derechos, en virtud de su gran importancia dentro la sociedad, pueden ser ejercidos sin el cumplimiento del requisito de los dos años, tal y como se había expresado en la Sentencia C-521 de 2007.⁴⁰

Pero, el avance de la protección en materia patrimonial, se evidenció de manera significativa con la promulgación de la Sentencia C-029 de 2009,⁴¹ cuando se les otorgó el derecho a pedir alimentos, en cumplimiento del principio de solidaridad que se deben

³⁸Corte Constitucional. Sentencia C-811 del 3 de octubre de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁹Corte Constitucional. Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁰Corte Constitucional. Sentencia C-521 del 11 de julio de 2007. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴¹Op.cit. Sentencia C-029 de 2009.

entre los integrantes de la pareja del mismo sexo, y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley para ello: vínculo jurídico, capacidad económica y la necesidad. Sin embargo, es importante precisar, que este derecho fue otorgado en las mismas condiciones en que hoy en día lo pueden ejercer los compañeros permanentes dentro de una unión marital de hecho, es decir, mientras se mantenga la convivencia, situación que a todas luces, resulta problemática para que este derecho se pueda ejercer, pues mientras ésta se mantenga, evidentemente no va a existir la necesidad de pedirlos.

En la misma medida, se le protegió a la pareja del mismo sexo, cuando se determinó que podían afectar a vivienda familiar el inmueble destinado a la vivienda de la pareja, pues más allá de que dicho derecho estuviera limitado a la protección de la familia, se decidió extender sus efectos para las uniones del mismo sexo. Con el mismo argumento, tienen también el derecho a hacer uso de la figura del patrimonio de familia inembargable, para mantener los bienes a salvo de terceros, asegurar su habitación y sostenimiento de forma adecuada, evitando actos particulares que pongan en peligro los bienes que pertenezcan a la pareja del mismo sexo.

Igualmente, y con argumentos similares se les concedieron también, además de derechos patrimoniales, derechos en el área penal como la protección contra la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, así como la inclusión dentro las circunstancias de agravación punitiva cuanto se comete un delito en su contra. También se les incluyó íntegramente dentro del régimen especial de las fuerzas militares, y se les dio la posibilidad de reclamar el subsidio tanto en vivienda como familiar, entre otros derechos.

Actualmente, la Corte Constitucional se encuentra en mora de decidir sobre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar, al definir a instancia de revisión, una sentencia de tutela que interpuso una mujer que exige que su pareja pueda adoptar a su hija biológica, en cuyo caso se plantea la modificación del concepto de familia establecido en la constitución, para que dicha adopción pueda ratificarse, pues ya fue concedida en primera instancia por el juzgado 1 Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, en sentencia con fecha del 4 de noviembre de 2009, que falló a favor de la petición.

También, se está a la espera de la decisión frente a la demanda de inconstitucionalidad que fue interpuesta contra el artículo 113 del Código Civil, donde se define el contrato del matrimonio. Situaciones éstas que han despertado todo tipo de opiniones a favor y en contra, pues se ha considerado que si la Corte Constitucional le da vía libre a la adopción, inevitablemente tendrá que aceptarse el matrimonio entre las parejas del mismo sexo. Sin embargo, cada vez toma más fuerza, la idea de que el matrimonio es un contrato solemne entre las partes, razón por la cual depende del acuerdo de voluntades y no de la definición de familia consagrada en el artículo 42 de la Constitución Política, y si dicha interpretación fuera aceptada, simplemente habría que modificar el Código Civil en lo concerniente a quienes pueden casarse, sin modificar en ningún caso, la definición por todos conocida sobre las formas de constituir una familia.

Consideraciones finales

La inclusión de las parejas del mismo sexo dentro del mundo jurídico, y por tanto la posibilidad de poder conformar sociedad patrimonial, entre muchos otros derechos patrimoniales, sociales, penales y personales, ha sido por vía jurisprudencial, a través de la acción de inconstitucionalidad, donde la Corte Constitucional verificó la vulneración de derechos fundamentales de la libre asociación y del principio de la dignidad humana.

Del análisis jurisprudencial realizado a las sentencias de la Corte Constitucional, con base en el tema de la protección de los derechos de las parejas homosexuales, se puede concluir que la libre opción sexual, se reconocía sólo en el ámbito individual, pero no cuando se deseaba conforma un proyecto de vida permanente y singular, pues en este caso se limitaba su amparo a la definición de familia consagrada en el artículo 42 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, la Sentencia C-098 de 1996, se puede calificar como la fundadora de línea, mientras que la C-075 de 2007 fue la modificadora del precedente jurisprudencial existente. Asimismo, las sentencias posteriores, la C-811 de 2007, C-336 de 2008, y la C-029 de 2009, son en orden a su importancia ratificadoras de esa línea jurisprudencial expresada en el año de 2007.

Para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo por medio de los instrumentos legales que trae la ley, se necesita de la configuración de una comunidad de vida permanente y singular, donde se respeten los principios de fidelidad y cohabitación propios de este tipo de uniones.

Frente a la discusión suscitada por la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan ser consideradas como una forma legal para construir familia, todavía no se ha dicho la última palabra, como quiera que la Corte Constitucional se encuentra pronta a decidir sobre el evento de que puedan adoptar, y casarse conforme a lo establecido en el Código Civil.

Se deben diferenciar de forma clara, los requisitos necesarios para reconocer la unión conformada por personas del mismo sexo, de los obligatorios para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial, los cuales son, la temporalidad, y la existencia de la pareja del mismo sexo.

Si se reconoce el hecho de que la presunción consagrada en el artículo segundo de la Ley 54 de 1990, es legal, y por lo tanto admite prueba en contrario, debe aceptarse también, la posibilidad de que pueda declararse la existencia de la sociedad patrimonial antes de la existencia del bienio, si se llega a demostrar plenamente su existencia, sobre los bienes conseguidos con el producto de la ayuda y trabajo mutuos de los integrantes de la pareja homosexual.

La posibilidad de constituir la sociedad patrimonial antes de los dos años, no es reconocida por la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, ha sentado precedentes importantes, acerca de la aplicación de los literales *a* y *b* del artículo segundo de la Ley 54 de 1990, dejando claro que sólo es necesaria la disolución de la sociedad conyugal,

cuando se tuviere impedimento para contraer matrimonio, y que tampoco es necesario el cumplimiento de un año posterior a esa actuación, para iniciar una nueva convivencia permanente y singular.

Referencias bibliográficas

Bonilla, Daniel y Iturralde, Manuel A (2005). *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, pág. 387

Cañón Ramírez, Pedro A (1982). *Derecho Civil I: Personas y Familia*. Bogotá: Editorial ABC., pág. 638

Congreso De La República. Ley 54. (28, diciembre, 1990). Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diario oficial. Bogotá, D.C., 1990. no. 39615.

Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996.

_____. Sentencia C-075 de 2007.

_____. Sentencia C-811 de 2007.

_____. Sentencia C-336 de 2008.

_____. Sentencia C-029 de 2009.

Corte Suprema De Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 18 de julio de 2000. Expediente 6342. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 29 de noviembre de 2002. Expediente 7374. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 10 de septiembre de 2003. Expediente 7603. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 24 de marzo de 2004. Expediente 7804. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 2 de septiembre de 2005. Expediente 7819. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 21 de junio de 2006. Expediente 50801. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 4 de septiembre de 2006. Expediente 69601. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Expediente 55601. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

Corral Borrero, María Cristina y Torres Cabrera, Franklin (2002). *Instituciones de Derecho de Familia: legislación, jurisprudencia y doctrina*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., pág. 356

Fajardo Arturo, Luis Andrés y Sánchez Buitrago, Marcela (2005). *Voces Excluidas: Legislación y derechos de lesbianas, gais, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores del Grupo T.M.S.A., pág. 169

Jaramillo, Gustavo León (1991). *Derecho de Familia y de Menores*. Medellín, Antioquia: Universidad de Antioquia, pág. 525

Lafont Pianetta, Pedro (2006). *Manual de Derecho Privado contemporáneo: Parte General*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA., pág. 870

López Medina, Diego Eduardo (2006). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá, Colombia: Legis editores S.A., pág. 366

Montoya Medina, Luis Eduardo (2009). *Derecho de Familia: El drama constitucional de los derechos*. Bogotá: Ediciones Jurídica Radar, pág. 371

Parra Benítez, Jorge (1997). *Manual de Derecho Civil: Personas, Familia y Derecho de Menores*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A. pág. 477

Parra Benítez, Jorge (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial TEMIS S.A., pág. 685

Quiroz Monsalvo, Aroldo (1998). *Manual de Civil: General y Sujeto de Derecho*. Santa Fe de Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Pág. 296

Quiroz Monsalvo, Aroldo (2007). *Manual civil familia: Sociedad Conyugal y Patrimonial de Hecho*. T. VI. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., pág. 474

Suarez Franco, Roberto (2006). *Derecho de Familia: Régimen de las personas*. T.I. Bogotá: Temis S.A., pág. 494

Velásquez Turbay, Camilo (2000). *Derecho constitucional*. Bogotá: Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 2004. 588 P.
Bernal González, Alejandro. *Procedimiento de Familia y de Menores*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., pág. 676