

## **INHABILIDAD PARA INSCRIPCIÓN A CONGRESISTAS PARA EL MISMO PERIODO ELECTORAL Y PARTIDO – Requisitos para su configuración**

Se tiene que para efectos de la configuración de la inhabilidad interesa lo siguiente: El parentesco civil, por consanguinidad o por afinidad de los demandados, es decir, la existencia del vínculo jurídico por matrimonio o unión permanente o de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Las inscripciones en un mismo proceso electoral al Congreso –de Senado o Cámara de Representantes– de los dos o más candidatos entre los cuales exista el vínculo o el parentesco, que dichas inscripciones se hayan hecho con el aval del mismo partido, movimiento o grupo político, y que las mismas correspondan para la elección de miembros del Congreso de la República a realizarse en la misma fecha

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 179 NUMERAL 6

**FAMILIA – Concepto. Comprende a parejas del mismo sexo. CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE O GARANTISTA – Aplicación / PAREJAS CONFORMADAS POR PERSONAS DEL MISMO SEXO – Aplicación de la cláusula de interpretación más favorable para la máxima protección y garantía de sus derechos**

Ahora bien, como quiera que la citada Ley 54 de 1990 alude a la pareja, hombre y mujer que de manera voluntaria han decidido vivir juntos, la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-075 de 2007, estableció que la figura de la unión marital de hecho descrita en la ley, debía interpretarse en el sentido de que los compañeros permanentes podían ser también dos hombres o dos mujeres, criterio que ayudó a la Corte posteriormente a reconocer a los miembros de las parejas del mismo sexo en unión permanente derechos a la salud y a la seguridad social, en especial a recibir una pensión de sobrevivientes.(...) Ahora bien, una lectura del artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mencionado al inicio de este acápite, podría generar la idea según la cual, la familia que se reconoce y protege en este instrumento internacional, es la constituida por un hombre y una mujer, hecho que implicaría que la interpretación y decisión del juez interno, en este caso de la Sala Plena Contenciosa, en aplicación de las normas convencionales, se pudiese tachar como contraria al concepto que en ella se consagró. (...) Por tanto, la regla que se aplica en estas circunstancias, no es otra que cuando el estándar de protección es mayor por el ordenamiento interno de los Estados frente a los que se ha fijado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aquel debe ser tenido en cuenta, en aplicación de la cláusula de la interpretación más favorable o extensiva a los derechos y garantías del individuo, o viceversa. (...) Lo expuesto hasta este punto y retornando al asunto que ocupa la atención de la Sala, permite advertir que el artículo 17 de la Convención Americana en cuanto al concepto de familia no puede ser entendido en forma literal, pues, como lo han advertido la Corte Constitucional y esta Corporación, en los fallos reseñados en precedencia, ha sufrido una evolución para abarcar distintas formas en su configuración y/o constitución, para concluir que su conformación no se limita a la que puede surgir entre un hombre y una mujer; mismo racionamiento que fue aceptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de una lectura de las decisiones de tribunales internacionales como el Tribunal Europeo e internos, entre ellos, la Corte Constitucional de Colombia, para concluir que no hay un modelo único de familia, y que entenderlo de otra forma implicaría el desconocimiento de disposiciones de la misma Convención y de sus principios

**FUENTE FORMAL:** CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 1989 – ARTICULO 17,2 / PACTO DE SAN JUAN DE COSTA RICA / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 52 / LEY 294 DE 1996 – ARTICULO 21 / LEY 54 DE 1990

**NOTAS DE RELATORIA:** Sobre que la calidad de familia recae igual en parejas del mismo sexo que conviven en unión libre, Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección, sentencia de 13 de junio de 2013, Rad. 26800, MP. Jaime Orlando Santofimio; Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 12 de junio de 2014, Rad. 2336-13, MP. Gustavo Gómez Aranguren

### **UNION MARITAL DE HECHO – Diferencia con la relación sentimental de noviazgo**

Para entender el concepto jurídico de la unión marital de hecho, como lo define la Ley 54 de 1990, es necesario visualizar dos tipos de relaciones personales: la simplemente afectiva y sentimental y la unión afectiva y sentimental análoga a la conyugal creada con el ánimo de convivir de forma estable. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del derecho civil proferida por la Corte Suprema de Justicia, las relaciones que no configuran *per se* una unión marital de hecho son las sentimentales o de noviazgo, que proveen la recíproca satisfacción de las necesidades sexuales y que pueden perdurar en el tiempo presentándose a veces convivencia esporádica o periódica, distintas a las uniones igualmente sentimentales, cuyos integrantes sí cohabitan de forma permanente bajo un mismo techo de forma estable, continua e ininterrumpida con una comunidad de vida singular (monogámica), es decir exclusiva, sin simultaneidad de uniones civiles ni de relaciones maritales civiles o religiosas

### **UNION MARITAL DE HECHO – Concepto. Elementos configurativos**

Uniones consideradas como maritales de hecho se crean por voluntad de cada miembro de la pareja y subsisten por el ánimo mutuo de pertenencia y de unidad (*affectio maritalis*), y los fines de quienes la conforman pueden ser diversos: la de constituir una familia, la procreación, el socorro y ayuda mutua, la solidaridad y la colaboración económica

**FUENTE FORMAL:** LEY 50 DE 1990 – ARTICULO 1 / LEY 979 DE 2005

### **UNION MARITAL DE HECHO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO – Derechos. Obligaciones. Prohibiciones**

Enseña la teoría del derecho que no existen “derechos sin deberes”, y en aplicación de los mismos principios constitucionales de igualdad y de no discriminación, las uniones maritales de hecho conformadas por parejas homosexuales adquieren idénticas obligaciones legales y constitucionales propias de las uniones maritales de hecho integradas por parejas heterosexuales, a no ser que exista una razón objetiva que justifique un tratamiento diferenciado

**NOTAS DE RELATORIA:** Sobre los derechos, obligaciones y prohibiciones de las parejas del mismo sexo con unión marital de hecho, Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009; sentencia C-348 de 2004

### **INHABILIDAD POR INSCRIPCION A CONGRESISTA POR EL MISMO PERIODO ELECTORAL Y PARTIDO DE PAREJA DEL MISMO SEXO**

## **VINCULADAS POR UNION LIBRE – Prueba. Valor de la prueba periodística**

Para probar la inhabilidad del numeral 6 del artículo 179 Constitucional, respecto de las parejas heterosexuales o del mismo sexo vinculados por una unión marital de hecho, se requiere acreditar las inscripciones de cada uno de sus miembros por un mismo partido político y para unas elecciones de igual periodo –de Senado o Cámara de Representantes–, como también la existencia del vínculo jurídico, es decir la unión marital de hecho entre los dos candidatos al momento de las respectivas inscripciones electorales sin importar la antigüedad de dicha unión de hecho, en razón a que ni la norma constitucional inhabilitante ni la ley que permite declararla establecen plazo alguno, como sí acontece para acceder al régimen de protección de la sociedad patrimonial o para efectos pensionales, conforme se explicó en la página 29 de esta providencia. (...) Los documentos periodísticos requieren de otros elementos de convicción para la acreditación de los hechos, tal como lo estableció la jurisprudencia del Consejo de Estado en proceso de pérdida de investidura anterior, a no ser que el medio periodístico divulgue hechos públicos y/o notorios o cuando en ellos se reproduzcan declaraciones y/o manifestaciones de servidores públicos, casos en los cuales el medio periodístico se constituye en una prueba del hecho. (A este respecto se puede consultar la sentencia de esta Sala Plena proferida el 14 de julio de 2015, actor José Manuel Abuchaibe Escolar, M.P. Alberto Yepes Barreiro). (...) No existen pruebas que demuestren cohabitación permanente entre las demandadas bajo un mismo techo; por el contrario, hay pruebas que demuestran que la Senadora y la Representante fijaron sus residencias antes, durante y después de las elecciones al Congreso de la República en sitios distintos, pues al momento de sus inscripciones al Congreso la primera estudiaba en el exterior y la segunda ejercía como Concejal de la ciudad de Bogotá, y a partir de la campaña electoral cada una estableció su residencia en la misma ciudad, pero en lugares distintos, en las direcciones por ellas señaladas.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02211-00(PI) y 11001-03-15-000-2014-02770-00(PI)**

**Actor: VICTOR VELASQUEZ REYES Y OTRA**

**Demandado: CLAUDIA LOPEZ HERNANDEZ Y ANGELICA LOZANO CORREA**

Procede la Sala a decidir las solicitudes de pérdida de investidura de congresista de la Senadora Claudia Nayibe López Hernández y de la Representante a la Cámara Angélica Lisbeth Lozano Correa que formularon el señor Víctor Velásquez

Reyes y la señora Ángela Johanna Morales Monsalve, previo recuento de los siguientes,

## **ANTECEDENTES**

### **1. Las demandas**

#### **1.1. Expediente con radicación 11001-03-15-000-2014-02211-00**

El ciudadano Víctor Velásquez Reyes solicita declarar la pérdida de la investidura de las congresistas, señoras Claudia Nayibe López Hernández Senadora de la República y Angélica Lisbeth Lozano Correa Representante a la Cámara para el período Constitucional 2014 – 2018, con fundamento en los siguientes **hechos**:

Señala que es un hecho incontrovertible que el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política establece que no podrán ser congresistas quienes estén vinculados entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

Asevera que es un hecho público y notorio que no necesita demostrar, menos probar, que las congresistas se inscribieron para participar en las elecciones de 9 de marzo de 2014 por el Partido Alianza Verde. Así mismo, que las dos fueron elegidas el 9 de marzo de 2014 para el Congreso de la República, la primera como Senadora y la segunda como Representante a la Cámara por la circunscripción del Distrito Capital, obtuvieron 81045 votos y 31419, respectivamente.

Igualmente que es un hecho público y notorio que las demandadas viven juntas, son pares entre sí, es decir, compañeras permanentes o, mejor, están vinculadas entre sí por unión permanente. Además, públicamente manifiestan su orientación sexual y pregonan a los cuatro vientos su estado actual.

Advierte que a las demandadas se les alertó antes de inscribirse, sin embargo, continuaron su campaña, la cual también hicieron conjuntamente, como se evidencia en afiches y volantes. Agrega que la prensa nacional destaca la relación sentimental entre éstas, como se demuestra en las publicaciones de *Semana*, *Jet-Set*, *KienyKe*, *Colprensa* y *El Universal*, entre otros, y por periodistas serios, como el señor Édgar Artunduaga, quien hace comentarios sobre el particular, por cuanto las congresistas lo predicán públicamente.

A título de **pretensiones** solicita: a) Se declare la pérdida de investidura de congresista de la señora Claudia Nayibe López Hernández como Senadora de la República para el período 2014-2018, por ser la compañera permanente o tener vínculo de unión permanente con la Representante a la Cámara, señora Angélica Lisbeth Lozano Correa e inscribirse por el mismo partido para la elección de miembros de Congreso de la República que debían realizarse en la misma fecha, esto es, 9 de marzo de 2014.

b) Se decrete la pérdida de investidura de congresista de la señora Angélica Lisbeth Lozano Correa como Representante a la Cámara para el período 2014-2018, por ser la compañera permanente o tener vínculo de unión permanente con la Senadora de la República, señora Claudia Nayibe López Hernández e inscribirse por el mismo partido para la elección de miembros de Congreso de la República que debían realizarse en la misma fecha, es decir, el 9 de marzo de 2014.

## **1.2. Expediente con radicación 11001-03-15-000-2014-02770-00<sup>1</sup>**

La ciudadana Ángela Johanna Morales Monsalve solicita la pérdida de investidura de congresista de la señora Claudia Nayibe López Hernández; en consecuencia, se llame a ocupar el cargo a quien le siga en la respectiva lista. Como **hechos** expone los siguientes:

---

<sup>1</sup> Mediante auto de 9 de septiembre de 2014 se inadmitió la demanda para que se precisara si la acción que se pretendía ejercer era la de nulidad electoral o la de pérdida de investidura, pues se solicitó la anulación de la elección y a la vez que se decretara la pérdida de investidura.

Narra que el 9 de marzo de 2014 se realizaron elecciones para Congreso en las cuales el Partido Alianza Verde obtuvo varias curules de Representantes a la Cámara y senadores de la República. El Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante formulario E-26 de 11 de julio de 2014, declaró elegida a la señora Angélica Lisbeth Lozano representante a la Cámara.

Afirma que es un hecho notorio, además que corroboró la misma demandada en entrevistas que concedió a diferentes medios, que es la compañera permanente de la señora Angélica Lisbeth Lozano Correa, quien se inscribió como candidata a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial de Bogotá con el aval del Partido Alianza Verde. En consecuencia, estaba inhabilitada para ser elegida congresista de conformidad con el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política porque registró su candidatura por el mismo partido, en las elecciones que se celebraron el mismo día.

### **1.2.1. Normas violadas y concepto de violación**

Se aduce en ambas demandas principalmente la vulneración de los artículos 40, 179, numeral 6 de la Constitución Política y el numeral 6 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, normas que se violaron con la elección de la señora López Hernández quien se inscribió como candidata al Senado de la República por el Partido Alianza Verde, el mismo que avaló la candidatura a la Cámara de Representantes por la circunscripción de Bogotá de la señora Angélica Lisbeth Lozano, su compañera permanente, para las elecciones que se celebraron el 9 de marzo de 2014. El artículo 183 de la Constitución Política precepto que se adecua a los hechos, toda vez que la candidata de entonces, hoy senadora, violó el régimen de inhabilidades, pues no podía inscribirse por el mismo partido que lo hizo su compañera permanente. El artículo 184 *ibídem*, y el 143 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## **2. Actuación procesal**

Mediante auto de 3 de septiembre de 2013, por reunir los requisitos legales se

admitió la demanda de pérdida de investidura de la Senadora Claudia Nayibe López Hernández y de la Representante a la Cámara Angélica Lisbeth Lozano Correa, que impetró el abogado Víctor Velásquez Reyes, se ordenó la notificación personal a las demandadas y al Agente del Ministerio Público. Por medio de providencia de 20 de octubre de 2014 se admitió la solicitud de pérdida de investidura de la senadora Claudia Nayibe López Hernández que formuló la ciudadana Ángela Johanna Morales Monsalve y se decretó la acumulación del proceso 11001-03-15-000-2014-02770-00 al proceso de pérdida de investidura 11001-03-15-000-2014-02211-00. A través de proveído de 21 de noviembre de 2014 se abrió el proceso a pruebas. Por auto de 6 de abril de 2015 se señaló el 19 de mayo del año en curso a las 8:30 a. m., para llevar a cabo la audiencia pública prevista en el artículo 11 de la Ley 144 de 1994.

### **3. Las contestaciones a las demandas**

**3.1.** La senadora Claudia Nayibe López Hernández, por medio de apoderado, manifiesta su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en tanto no existen elementos jurídicos y fácticos que la sustenten, por tanto, pide se denieguen. Propone las excepciones de fondo que denomina *inexistencia de causal de inhabilidad aplicable al caso concreto e inexistencia de una unión permanente entre Claudia Nayibe López Hernández y Angélica Lisbeth Lozano Correa*.

#### **3.1.1. Inexistencia de causal de inhabilidad aplicable al caso concreto.**

Manifiesta que si bien el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, en especial el de congresistas, tiene como finalidad la preservación de la integridad del proceso electoral, el equilibrio y la igualdad de oportunidades, este debe interpretarse de manera restrictiva, clara y precisa en tanto constituye una limitación –así sea constitucionalmente admisible– al derecho fundamental de participación en el poder político. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-325 de 2009 señaló que al comportar las inhabilidades limitaciones a derechos fundamentales “*deben aplicarse de manera taxativa y restringida en aras de impedir, o bien una afectación desproporcionada del derecho, o bien una contradicción que haga inocuo el mandato superior*”. En idéntico sentido se pronunció el Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de 23

de agosto de 2011, expediente 2011-00164, en la que es enfático en indicar que la eventual inhabilidad debe probarse plenamente, teniendo en cuenta las graves consecuencias que se derivan de una sentencia que declare la pérdida de investidura.

Entonces, por ser una limitación a los derechos políticos de los ciudadanos, la comprobación de una eventual causal de inhabilidad debe probarse plenamente, de no ocurrir así, se limitaría el ejercicio de derechos fundamentales en forma desproporcionada, arbitraria y contraria a los principios constitucionales.

**3.1.2. Inexistencia de una unión permanente entre Claudia Nayibe López Hernández y Angélica Lisbeth Lozano Correa.** Hace referencia a la definición de la unión marital de hecho del artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y señala que lo determinante para establecer la existencia o no de una unión permanente, es la comprobación de que la pareja hace un comunidad de vida, permanente y singular. Sobre este requisito la doctrina especializada señala que el mismo debe entenderse referido a la voluntad, la intención y el compromiso de la pareja de unirse en una relación estable, que el juez apreciará de conformidad con las pruebas que se alleguen al proceso.

Explica que la vida en común debe ir más allá de compartir momentos, la determina la convicción de ambas partes de adelantar un proyecto de vida conjunto, que se desarrolle y exteriorice como una singularidad. Menciona que a este respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de septiembre de 2000, expediente 6117, estableció como presupuesto para la existencia de la unión marital de hecho, la presencia de una comunidad de vida permanente y singular, permanencia que se base en una duración firme, la constancia, la perseverancia, y sobre todo, la estabilidad de la comunidad de vida y excluye la que es meramente pasajera o casual.

Considera entonces que la cohabitación es un elemento determinante al momento de establecer la existencia de una comunidad de vida entre una pareja.

Refiere que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013 al resolver demanda que se presentó contra el alcalde de Cartagena, Campo Elías Terán, señaló que las uniones maritales de hecho no pueden constituirse como hechos notorios, en tanto es un asunto que en principio está dentro de la esfera de la intimidad de las personas, que solo puede ser conocido en virtud de las manifestaciones externas que se hagan al respecto, las cuales, por no ser evidentes, obligatoriamente deben demostrarse, como la comunidad en habitación, el trato de pareja, entre otros, o la confesión.

**3.2.** La Representante a la Cámara señora, Angélica Lisbeth Lozano Correa actuando en causa propia, da contestación a la demanda, se opone a la pretensión de pérdida de investidura, por cuanto no incurrió en la causal que se invoca, en consecuencia, solicita se desestime la solicitud.

Se refiere a los hechos así: respecto al **primero** dice que es una previsión de orden constitucional que establece las prohibiciones para ser congresista; el **segundo y tercero** son ciertos, en cuanto el Partido Alianza Verde la inscribió como candidata a la Cámara de Representantes por la circunscripción del Distrito Capital de Bogotá y resultó elegida como tal el 9 de marzo de 2014, sin embargo, precisa que no se trata de hechos notorios, como lo afirma el demandante; el **cuarto**, no es cierto, la afirmación del actor en el sentido de que *'las Congresistas viven juntas, son pares (entre sí) es decir compañeras permanentes o mejor, están vinculadas entre sí por unión permanente'*, falta a la verdad, además temeraria en cuanto asegura que constituye un hecho público y notorio. Se abstiene de responder la segunda parte del hecho cuarto, por cuanto se refiere a un tema ajeno a la controversia, explica que el proceso de pérdida de investidura no es el escenario para discutir su opción de vida o su orientación sexual, tampoco para hacer debates de índole moral o social, abordar esas materias implicaría una intromisión innecesaria en asuntos de su fuero personal que no guardan relación con la causal de inhabilidad que se le atribuye, ni contribuyen al esclarecimiento de los hechos objeto de controversia; el **quinto** considera que son afirmaciones vagas e imprecisas, añade que es imposible alertar de algo que no existe, ello le impide pronunciarse al respecto; el **sexto** son apreciaciones y conclusiones propias del accionante, por tanto, expresa igualmente su impedimento para pronunciarse sobre el mismo; el **séptimo, octavo y noveno** no son hechos, son transcripciones de normas constitucionales y legales que se relacionan con las causales de pérdida de investidura de los congresistas y

prohibiciones para ser elegido en esa calidad y las causales de inhabilidad.

Expresa que en el *sub lite* no se configura la inhabilidad invocada por la sencilla razón de que entre las demandadas no existe el vínculo que aduce el demandante.

#### **4. Audiencia Pública**

Se celebró el 19 de mayo de 2015 a las 8:50 a. m. Asistieron el solicitante Víctor Velásquez Reyes, la señora Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, doctora María Patricia Ariza Velasco, la demandada, senadora Claudia Nayibe López Hernández, su apoderado, Héctor Riveros Serrato y la Representante a la Cámara Angélica Lisbeth Lozano Correa, su apoderado, Gustavo Adolfo Osorio García. Se dejó constancia de que la demandante, Ángela Johanna Morales Monsalve no asistió. Las intervenciones se resumen así:

**4.1. La intervención del señor Víctor Velásquez Reyes.** Hace precisiones en el sentido de que no se trata de una demanda de índole religioso y reitera que su solicitud se dirige a que se declare la pérdida de la investidura de las congresistas Claudia Nayibe López Hernández y Angélica Lisbeth Lozano Correa, a quienes acusa de estar inhabilitadas para ejercer los cargos de Senadora de la República y Representante a la Cámara, respectivamente, para el período constitucional 2014 a 2018, por ser entre sí pareja o tener una unión permanente, al tenor del numeral 6 del artículo 179 de la Constitución.

Afirma que no es un secreto, que hoy por disposición de las Altas Cortes, la familia no se compone solamente por hombre y mujer, sino que se conforma por personas del mismo sexo, quienes con fundamento en el derecho a la igualdad como lo dice María Margarita Zuleta en nota que publicó en la *Revista Cambio*, "*hoy las parejas del mismo sexo tengan los mismos derechos que las heterosexuales en materia de patrimonio común, conformación, liquidación y herencia y en la forma de acceder al sistema de seguridad en salud*". Sobre el tema, cita entre otras, las sentencias C-075 y C-0811 de 2007 y la C-336 de 2008 de la Corte Constitucional.

Señala que como las parejas heterosexuales tienen derechos y obligaciones, aquellas que se conforman por personas del mismo sexo deben tener las mismas obligaciones y restricciones legales, precisamente, con base en el principio general del derecho previsto en la Ley 153 de 1887, según el cual, donde existen los mismos hechos corresponden en derecho las mismas soluciones y así lo estableció el artículo 13 de la Constitución.

Manifiesta que la demanda se soporta en los distintos artículos de prensa, páginas digitales, revistas, fotografías, libros, la página del Partido Alianza Verde y la página digital de la senadora demandada, provenientes de diversos medios de comunicación y que se basan en declaraciones que dieron las congresistas, en especial la senadora López Hernández, así como en el testimonio del exsenador y periodista Edgar Artunduaga Sánchez y la recusación que hizo el magistrado Jorge Pretelt Chaljub.

Se refiere al contenido de los artículos a los que hizo mención, así: el 28 de enero de 2014 en la página digital [www.kienyke.com](http://www.kienyke.com) bajo el título *El Caldero de Artunduaga* aparece el tema de '*Pareja gay en política*', se critica la participación en el debate electoral que se avecina de las congresistas y se señala de manera clara y concreta la inhabilidad en que se hallan.

El 8 de marzo de 2014 un día antes de elecciones en la dirección digital [www.alianzaverde.org.co](http://www.alianzaverde.org.co) *candidatos...2014*, aparece el perfil de la candidata Claudia Nayibe López, con el título *Claudia López, Una rebelde con causa*, del cual resalta el aparte en el cual expresa que "*cuando su pareja actual, Angélica Lozano, le propuso ser su próxima pareja, ella le respondió: «No, no quiero ser la próxima, quiero ser la última»*".

El 9 de marzo de 2014 la revista *Semana* con el título *Claudia López, La revelación de la Alianza Verde*, con la firma de la periodista Olga Lucía Lozano G., reproduce el texto que aparece en la página del partido antes citado.

Así mismo, en la edición 279 de la revista *Jet-Set* de 26 de marzo a 7 de abril de 2014, páginas 38 a 40 bajo el título '*Claudia López: las batallas de una mujer*

*diferente'* al responder a la pregunta *¿Y su ingreso a la política no le va a cambiar su rutina?* Responde *'no creo. Tengo una vida tranquila que me hace muy feliz y que no estoy dispuesta a sacrificar por nada, ni por la política ni por el Congreso'*. Dice que esa fortaleza le viene del amor. De ser una hija amada por sus padres y de tener una pareja estable. Después de algunas relaciones que no duraban más de cinco años y la dejaron despechada, Claudia espera que la que tiene con la abogada Angélica Lozano, recién elegida a la Cámara por Bogotá, sea para siempre. *'Ya estoy muy catana para volver a empezar. Llevamos muy poquito y todavía no sé si la maldición de los cinco años se vuelve a aplicar, ojalá que no. Soy una persona intensa y hago todo con absoluta pasión y entrega'*.

El 28 de marzo de 2014 aparece en el portal [www.soyperiodista.com](http://www.soyperiodista.com) con el título *López y Lozano: Una pareja inhabilitada*, con la firma de la periodista Cielo G., en el que se lee que según las hoy demandadas *"la ley no las abarca porque no están unidas en matrimonio (o casadas), ante la ley porque esta figura no está legalizada en nuestro país"*.

El 3 de abril del mismo año, en la página digital oficial de la senadora Claudia López aparece noticia sobre el lanzamiento del libro *Superpoderosos, Los protagonistas de 2014*, publicación de la Silla Vacía en la que aparece el perfil de la demandada, del cual resalta el aparte en el que se lee que *"cuando su pareja actual, Angélica Lozano, le propuso ser su próxima pareja, ella le respondió: «No, no quiero ser la próxima, quiero ser la última»"*.

A renglón seguido hace referencia a las definiciones que sobre pareja hace el párrafo cuarto del artículo 42 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 sobre unión marital de hecho, para aseverar que las congresistas son pareja, que es un hecho público y notorio que no necesita demostrar, como lo ordena la parte final del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, igualmente resalta que el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que sirven como pruebas, entre otros, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez, al tiempo que da cabida a la práctica de las allí no previstas, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

Considera que se demostró que las congresistas acoplan su comportamiento a las prescripciones del artículo 179, numeral 6 de la Constitución, pues se dan los elementos que la norma establece, esto es, (a) están unidas por unión permanente pues son pareja estable, es decir, conformaban familia en el instante de su inscripción y en el momento de la elección; (b) se inscribieron por el mismo partido, esto es, Alianza Verde; (c) para la misma corporación, Congreso de la República – Senado y Cámara–; y (d) para las elecciones de 9 de marzo de 2014.

**4.2. Intervención del agente del Ministerio Público.** La Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado manifiesta que en el presente caso no se configuran los requisitos y elementos normativos que permitan concluir que se configuran las causales de pérdida de investidura, esto es, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o de conflicto de intereses como lo invocó el demandante, por tanto, la Senadora Claudia Nayibe López Hernández y la Representante a la Cámara, Angélica Lisbeth Lozano Correa, deben mantener su investidura como congresistas electas para el período 2014 a 2018.

Plantea la tesis de no adecuación de la causal de la pérdida de investidura que se invoca en contra de las congresistas, porque si bien se demostró la calidad de congresistas de las demandadas, existe disenso en si la causal de inhabilidad que contempla el numeral 6 de los artículos 179 de la Constitución y 280 de la Ley 5ª de 1992 en concordancia con los artículos 183 de la Constitución, 279 y 296 de la Ley 5ª de 1992 se adecua a la relación de pareja del mismo sexo, y sobre esa disputa jurídica centra su argumentación.

Indica que la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 en atención a sus competencias declaró exequible el artículo 113 del Código Civil, al aplicar el artículo 42 de la Constitución que reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Señala que según la Constitución, la unión marital solo es de carácter heterosexual excluyendo la homosexual, pero a su vez reconoce el deber de protección por parte del Estado, recordando precedentes de esa Corporación en materia de tutela. En este caso, el carácter vinculante de la referida sentencia por ser de control de constitucionalidad, es *erga omnes* en su *ratio decidendi* o

razonamiento decisivo, que envolvió todos los juicios en relación con el reconocimiento del matrimonio y relaciones maritales de hecho solo entre hombre y mujer, teniendo en cuenta el derrotero constitucional, razón por la cual debe aplicarse para el presente caso. Además permite clarificar que la relación sentimental de convivencia entre parejas del mismo sexo, no se equipara constitucionalmente a la '*unión permanente*', pues ínsito lleva que esta se constituya también entre hombre y mujer, al extender el análisis de la Corte Constitucional a la relación marital de hecho o unión permanente.

Continúa diciendo que conforme con los artículos 113 del Código Civil y 42 de la Constitución y como marco de referencia interpretativo la sentencia C-577 de 2011, en Colombia jurídicamente solo es posible predicar el matrimonio y la unión permanente entre parejas heterosexuales con exclusión de las relaciones de parejas del mismo sexo, aun cuando puedan surgir otras relaciones contractuales de protección, lo que significa que la cláusula inhabilitante no es aplicable, según se desprende del tenor literal del numeral 6 de los artículos 179 de la Constitución Política y 280 de la Ley 5ª de 1992.

**4.3. Intervención del apoderado de la senadora Claudia Nayibe López Hernández.** Solicita denegar las pretensiones de la demanda en razón a que durante el proceso no se probó la causal de inhabilidad que se alega en contra de su representada, elegida Congresista de la República para el período constitucional 2014 a 2018.

Manifiesta que se anexaron una serie de documentos que contienen informaciones de prensa que no tienen valor probatorio para demostrar la existencia de una relación afectiva entre su representada y Angélica Lozano, y no se deriva que la misma tenga las características que la ley y la jurisprudencia exigen para que pueda declararse una unión permanente o unión marital de hecho.

Alega que el accionante para desligarse de la obligación legal de demostrar su afirmación, se limitó a decir que se trataba de un hecho notorio y se quedó con las publicaciones de prensa en las que se reseñaban expresiones de las mismas demandadas, en particular de su representada, en las que sostuvo que mantenía con Angélica Lozano una relación que calificaba de '*nueva*' seguida de expresiones

de deseo de que la misma se convirtiera en estable, de las que no solo no se deduce lo que el actor asevera, sino exactamente todo lo contrario, que se trataba de una relación afectiva que no tenía las características de singularidad y permanencia, pues en ninguna parte se asegura que las demandadas tomaran la decisión de hacer vida en común y conformar una familia.

En cuanto al único testimonio que se aportó al proceso, esto es, el que rindió el periodista Édgar Artunduaga, no solo no aporta ningún elemento del que pueda desprenderse que esa condición existía, por el contrario, el testigo afirma que no tiene ningún vínculo con las demandadas que le permita saber si tienen una comunidad de vida, menos si comparten techo. Asevera que no sabe dónde viven.

Si bien la existencia de la unión permanente no depende de una manifestación expresa o el cumplimiento de algún formalismo o ritual preestablecido, sino de la uniformidad en el proceder de la pareja que responde a principios básicos del comportamiento humano, e ineludiblemente conducen a predicar que actúan a la par, como si fueran uno solo, que coinciden en sus metas y en lo que quieren hacia el futuro, es también una decisión voluntaria y expresa, así no sea pública, porque forma parte de la intimidad de las personas, pero esa determinación no solo no se demostró, sino que se desvirtúa por las manifestaciones expresas de las demandadas que se hicieron antes de la demanda, contenidas en los documentos que se allegaron al proceso.

Indica que el elemento de la cohabitación es imposible de probar, dado que su representada, antes de iniciar una relación afectiva con Angélica Lozano fijó su residencia en la ciudad de Chicago en los Estados Unidos para realizar un doctorado y en esa situación se mantuvo hasta inicios de 2014, es decir, hasta pocas semanas antes de la elección para Congreso de la República que se realizó en marzo de ese año. Para entonces, la señora Lozano era concejal de Bogotá y como tal residía en esta ciudad y atendía en forma por demás juiciosa y disciplinada las obligaciones que se derivan del mandato ciudadano, de su permanencia en esta ciudad, de su asistencia a las sesiones del cabildo distrital, de su participación en los debates públicos de los temas de la ciudad, de todo eso, afirma, sí que hay registros de prensa que el actor seguramente pudo conocer y revisar.

Considera que no resulta necesario abundar en argumentos para reiterar su solicitud de declarar que no se probó la causal de pérdida de investidura que invoca el actor, y en consecuencia, se desestime la pretensión, sin embargo, resulta pertinente recordar que por el carácter restrictivo y excepcional del proceso de pérdida de investidura, que conforme a la jurisprudencia es una figura de carácter judicial y sancionatoria, requiere la prueba plena de la causal que se invoca, por tratarse de una decisión que desvincula a un congresista de su cargo, al que accedió por decisión popular, de la que deriva su legitimidad, por tanto, el rigor probatorio que exige tiene un plus en relación con otros procesos en los que se discutan hechos similares y que acarreen consecuencias jurídicas de una determinada situación fáctica. El carácter punitivo de este proceso exige que el hecho que se imputa al procesado se pruebe plenamente con las formalidades propias de cada juicio, lo cual, repite, no ocurre en el sub lite.

**4.4. Intervención de la senadora Claudia Nayibe López Hernández.** Alega que no existe en la demanda prueba que demuestre que violó la ley como congresista y ante la ausencia de un marco jurídico que regule el estado civil, decidió no conformar una unión marital. Considera que los cuestionamientos que dieron lugar a este proceso, son en sí mismos discriminatorios. Con el fin de sustentar e ilustrar sus alegaciones, anexa documentos que solicita se integren al expediente.

**4.5. Intervenciones de la Representante Angélica Lisbeth Lozano Correa y de su apoderado.**

Manifiestan que no hay reparo alguno, antes y después de la demanda que da lugar a este proceso, en reconocer que existe entre las demandadas una relación afectiva o sentimental, esa declaración no solo la hacen en aras de la transparencia del litigio, sino en la convicción de que el derecho a conformar todo tipo de relaciones afectivas y a manifestar públicamente el afecto –sin importar la orientación sexual– forma parte de los más básicos derechos de las personas que tienen amparo en la Constitución Política, no es este el asunto que se debate en el proceso y sería completamente inadmisibles cualquier consideración al respecto.

Pero de lo anterior no se sigue que todas las relaciones afectivas sean relevantes desde el punto de vista jurídico, menos aún, que sean asimilables a la unión marital. El legislador y el constituyente colombiano decidieron en 1990 y 1991, respectivamente, que las relaciones afectivas singulares y con vocación de permanencia se denominarían *'unión marital'* o *'unión permanente'* y que tendrían una protección jurídica privilegiada similar a la prevista para el contrato de matrimonio, pero precisamente para que ese amparo tenga sentido, debe diferenciarse con cierto rigor de las demás formas de relación interpersonal en las que medie el afecto. Las leyes posteriores y la jurisprudencia de las Altas Cortes han dilucidado prácticamente la frontera entre la unión marital y el matrimonio, pero nunca han pretendido asemejar las relaciones afectivas a la unión marital. Si bien a los ojos de terceros o de personas con poca información, pudiese parecer que se trata de relaciones similares, la ley limita de manera estricta los efectos de la unión marital a aquellas que reúnen características específicas.

De acuerdo con la doctrina constitucional para la definición del concepto de unión permanente habrá que atenerse estrictamente a la ley, y ésta se ocupó del tema en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, en la que prevé *'A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho'*.

Esa definición legal básica es la premisa fundamental para la asimilación de la unión marital al matrimonio en prácticamente todos sus efectos –patrimoniales, estado civil, relaciones filiales, derechos y deberes, inhabilidades e incompatibilidades– y para su extensión jurisprudencial a las parejas del mismo sexo en la sentencia C-075 de 2007, reconoció su existencia como una indiscutible realidad social y les extendió el régimen patrimonial previsto en la Ley 54 de 1990. Posteriormente, en la sentencia C-029 de 2009 consideró que los conceptos de unión singular, permanente y continua hacen referencia a la decisión de conformar pareja y aplican tanto a parejas heterosexuales como a parejas del mismo sexo, transcriben apartes de la misma. Esta decisión es particularmente relevante porque revisa un conjunto amplio de disposiciones legales relativas al régimen de los compañeros permanentes, reiterando su aplicación a las parejas del mismo sexo,

dentro de las que se incluyen algunas normas de la Ley 5ª de 1992.

Consideran pertinente evidenciar el yerro en que incurre el demandante al otorgarle la calidad de hecho público y notorio –hecho 4 de la demanda que presentó el señor Velásquez Reyes– a lo que afirma es una unión permanente entre las demandadas, premisa que no puede aceptarse por cuanto encierra un total y protuberante desconocimiento del alcance de la figura del hecho notorio en materia probatoria. Se refiere al pronunciamiento de la Sección Quinta de esta Corporación en sentencia de 2 de mayo de 2013 con radicación 2011-0810 en la cual analizó la inhabilidad de un alcalde por un posible vínculo de unión permanente con una servidora pública que ejercía autoridad. Ocasión en la que se sostuvo que la unión marital era un hecho notorio, teoría que rechazó el Consejo de Estado.

Indican que no es cierto que la unión permanente sea un hecho exento de prueba, por el contrario, como se deduce de la jurisprudencia que citó, la unión marital de hecho, por pertenecer a la esfera privada de las personas, requiere su demostración a través de pruebas conducentes, pertinentes y útiles, las cuales, resalta, se rigen por el principio de libertad probatoria conforme lo preceptúa el artículo 4º de la Ley 54 de 1990. Ello no es óbice para desconocer los principios de necesidad y suficiencia de la prueba, los cuales implican que el demandante tiene la carga de probar –mediante los diversos medios de prueba– la concurrencia de los diferentes elementos que configuran la unión marital de hecho. Resalta la improcedencia del hecho notorio como prueba admisible en el presente caso.

Sobre las pruebas documentales que obran en el expediente para sustentar la afirmación del actor, esto es, los artículos de prensa –respecto de los cuales el Consejero ponente advirtió que el valor probatorio que puedan llegar a tener se apreciaría en la sentencia–, consideran que no son medios de prueba válidos para corroborar la veracidad de la información contenida en ellos. Al efecto, traen a colación la decisión de unificación de jurisprudencia que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 29 de mayo de 2012, expediente 2011-01378-00.

Alegan que la jurisprudencia de esta Corporación reitera que los recortes de prensa e informes periodísticos no constituyen prueba directa porque por sí solos no

pueden ser valorados y requieren de la concurrencia de otros medios de prueba que permitan corroborar la autenticidad de lo que se afirma en ellos. A este criterio también se unió la Procuraduría General de la Nación en un concepto que rindió dentro de un proceso de pérdida de investidura con radicación 11001031500020130099500. En igual sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Zambrano Vélez y Otros versus Ecuador, sentencia de 4 de julio de 2007.

Así las cosas, todos los recortes de prensa que reposan en el expediente y que se quieren utilizar por los demandantes para afirmar que mantienen una unión permanente, deben excluirse y no pueden constituir pruebas válidas en las cuales se fundamente la decisión del presente caso.

Manifiestan, que si en gracia de discusión se aceptara que la información contenida en los referidos artículos, es cierta, tampoco podría deducirse que de allí se desprende una unión marital de hecho entre las demandadas, pues si el demandante hubiere leído con detenimiento los recortes de prensa que él mismo aportó, descubriría que en ninguna parte de ellos la senadora López manifiesta mantener una unión marital de hecho con la representante Angélica Lozano, ni tan siquiera se puede colegir el más tenue atisbo de duda sobre el Estado Civil de las demandadas, que simplemente afirman estar empezando una relación, sin que se aporten sobre el particular mayores detalles. Se refiere a cada una de las publicaciones.

Exponen que en el plenario reposa únicamente el testimonio que rindió el 14 de enero de 2015 el señor Édgar Artunduaga Sánchez, respecto del cual dice que se debe acudir al pronunciamiento –en sede de unificación– de la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de 26 de marzo de 2015, radicación 872 de 2002, en torno al valor probatorio de las declaraciones de terceros cuando lo hacen en calidad de testigos de oídas.

Concluyen que no se allegó dentro del plenario un solo medio cognoscitivo de prueba que permita deducir que entre la representante Angélica Lozano y la senadora Claudia López existió o ha existido una unión permanente. También aún de aceptarse la validez de las pruebas que obran en este proceso, no se

demuestra lo que el demandante afirma, pues confunde de forma supina los requisitos y alcances que tiene en Colombia la unión marital de hecho, pese a ser abogado y pregonar ser experto en derecho civil y de familia. Así mismo, omite toda técnica jurídica en cuanto a los medios probatorios, pues en el fondo su único afán es hacer de este proceso un juicio de reproche moral. Solicita la desestimación de los cargos de la demanda.

La representante Lozano Correa con el fin de sustentar e ilustrar las manifestaciones que efectuó dentro de su intervención, anexa varios documentos.

Así mismo, al término de la audiencia considera pertinente agregar que no recibió llamada alguna del testigo en su calidad de periodista en donde indagara acerca de su estado civil.

El magistrado ponente anuncia que de las pruebas que se aportaron durante la audiencia se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, a fin de garantizar el derecho de contradicción.

Agotado el procedimiento establecido en la ley y no existiendo causal que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia de mérito, previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la solicitud de pérdida de investidura de los congresistas en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 y 237, numeral 5 de la Constitución Política, 1º de la Ley 144 de 1994 y 37, numeral 1 de la Ley 270 de 1996.

### **2. Calidad de congresistas de las demandadas**

Se acreditó en el expediente que el Partido Alianza Verde solicitó la inscripción para las elecciones de 9 de marzo de 2014 de la señora Claudia Nayibe López Hernández como candidata al Senado de la República para el período 2014 a 2018, así consta en el Acta de Solicitud de Inscripción y Constancia de Aceptación de Lista de Candidatos (Formulario E-6 SN)<sup>2</sup> de la Registraduría Nacional del Estado Civil y en la Lista Definitiva de Candidatos para Senado de la República (Formulario E-8)<sup>3</sup> de 9 de diciembre de 2013, en la que aparece en el renglón 10. Así mismo, que el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución 3006 de 17 de julio de 2014<sup>4</sup> declaró su elección como Senadora de la República por la circunscripción ordinaria para el período constitucional 2014–2018.

También se probó que la señora Angélica Lisbeth Lozano Correa fue inscrita el 9 de diciembre de 2013 para la Cámara Territorial de Bogotá, D. C. por el Partido Alianza Verde para las elecciones de 9 de marzo de 2014, para el período 2014 a 2018, así consta en el Acta de Solicitud de Inscripción y Constancia de Aceptación de Lista de Candidatos (Formulario E-6 CT)<sup>5</sup> de la Registraduría Nacional del Estado Civil y en la Lista Definitiva de Candidatos a la Circunscripción Cámara Territorial Bogotá, D. C. (Formulario E-8)<sup>6</sup> de 9 de diciembre de 2013. Se declaró su elección como Representante a la Cámara por la Circunscripción Territorial de Bogotá D. C. para el período constitucional 2014–2018 en las elecciones de 9 de marzo de 2014 mediante Acta de Escrutinio de Votos (Formulario E-26) de 1º de abril de 2014<sup>7</sup>.

### **3. La acusación**

Los demandantes solicitaron la pérdida de investidura de la Senadora Claudia López y de la Representante a la Cámara Angélica Lozano, por violación al

---

<sup>2</sup> Folios 232 a 234 del cuaderno 2.

<sup>3</sup> Folios 236 vuelto a 238 del cuaderno 2.

<sup>4</sup> Folios 208 a 229 del cuaderno 2.

<sup>5</sup> Folios 239 y 240 del cuaderno 2.

<sup>6</sup> Folio 242 del cuaderno 2.

<sup>7</sup> Folio 243 a 257 del cuaderno 2.

régimen de inhabilidades previsto en el artículo 179 de la Constitución Política. Aseguran que se configura la causal del numeral 6, porque ambas congresistas se inscribieron por el mismo partido político para las elecciones al Congreso del 2014, que se realizaron el 9 de marzo de 2014 a pesar de que para esa época –según las demandas- ellas convivían como pareja en unión permanente.

El tenor literal de la prohibición es el siguiente: no pueden ser congresistas “[q]uienes estén vinculados entre sí por matrimonio, **o unión permanente**, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y **se inscriban por el mismo partido**, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas **que deban realizarse en la misma fecha**”.

#### **4. Cuestión previa. La unión permanente como causal de inhabilidad respecto de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.**

De conformidad con las certificaciones que se allegaron a este proceso por las autoridades electorales, se encuentra suficientemente probado que las congresistas demandadas se inscribieron para el mismo período al Congreso de la República, por el mismo partido “Alianza Verde”, y en ese sentido de acuerdo con la causal que se alega, queda pendiente de verificar si para esa época ellas tenían o no la condición de compañeras permanentes, pero visto el planteamiento del Ministerio Público –según el cual la causal que se invoca no puede aplicarse a las parejas homosexuales<sup>8</sup>– le corresponde primero resolver a la Sala en este proceso de pérdida de investidura, si la unión permanente como causal de inhabilidad en los términos del artículo 179, numeral 6 de la Constitución Política, comprende o no las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

El anterior problema jurídico involucra un breve análisis jurídico, normativo y jurisprudencial de los siguientes aspectos: (i) precisión y alcance de la causal alegada (ii) el concepto de familia bajo la Constitución Política de 1991 y su correlación con las uniones maritales de hecho integradas por hombre y mujer y

---

<sup>8</sup> La palabra *homosexual* procede del griego *homós*, que significa igual y del adjetivo latino *sexualis*, lo que puede hacer referencia a un interés y una conducta sentimental y/o sexual entre hombres o entre mujeres.

por personas del mismo sexo (iii) requisitos para la validez de las uniones maritales de hecho y (iv) la unión marital de hecho de personas del mismo sexo como fuente de derechos y de obligaciones constitucionales y legales.

#### **4.1. La inhabilidad del numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política**

No pueden ser congresistas: *“[q]uienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha”*.

Dicha inhabilidad tiene dos propósitos: (i) proteger el principio de igualdad electoral, en el sentido de impedir que en un mismo proceso electoral dos personas próximas o emparentadas obtengan provecho cada una del poder electoral de su allegado o pariente, en perjuicio de los demás candidatos y (ii) erradicar cualquier clase de nepotismo en el ejercicio político, en el entendido de que un candidato dentro de un mismo proceso electoral puede también en su campaña imponer o impulsar a su pariente inscrito para ocupar una curul de una corporación pública.

En efecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado señaló<sup>9</sup> que esta inhabilidad – prevista igualmente para los diputados– permite *“conjurar el nepotismo político, evitando que se sigan sucediendo las dinastías electorales, donde miembros de una misma familia se valen del poder electoral de uno de sus parientes para conquistar los cargos de elección popular, lo que en verdad viene a quebrantar el principio de la igualdad que debe reinar en todo proceso electoral”*.

Se tiene que para efectos de la configuración de la inhabilidad interesa lo siguiente:

---

<sup>9</sup> Sentencia de 9 de febrero de 2006, Radicación número 080001-23-31-000-2004-00093-02 (3900). Magistrada Ponente doctora María Nohemí Hernández Pinzón. Actor: Antonio Fernando García del Castillo. Demandado: Diógenes Hernández Casado.

- El parentesco civil, por consanguinidad o por afinidad de los demandados, es decir, la existencia del vínculo jurídico por matrimonio o unión permanente o de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
- Las inscripciones en un mismo proceso electoral al Congreso –de Senado o Cámara de Representantes– de los dos o más candidatos entre los cuales exista el vínculo o el parentesco,
- Que dichas inscripciones se hayan hecho con el aval del mismo partido, movimiento o grupo político, y
- Que las mismas correspondan para la elección de miembros del Congreso de la República a realizarse en la misma fecha.

#### **4.2. El concepto de familia bajo la Constitución Política de 1991 y su correlación con las uniones maritales de hecho integradas por hombre y mujer y por personas del mismo sexo**

Desde la perspectiva convencional se tiene que el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos signada en el año 1969, reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia en las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en dicha Convención, esto es, *“sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

En el ámbito interno es importante destacar que la Constitución Colombiana vigente, en su artículo 42 señala que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o

por la voluntad responsable de conformarla. El artículo 2º de la Ley 294 de 1996, por desarrollo legal, la define de la misma manera.

Bajo este precepto constitucional, la unidad familiar se conforma a través del contrato solemne del matrimonio y por la voluntad responsable de conformarla, sin formalidad o contrato alguno. En ese sentido habrá que decir que el contrato de matrimonio como expresión de un vínculo afectivo y sentimental no es la única manifestación de familia, sino también, por la misma causa y de forma análoga, la convivencia en los términos atribuidos en la ley, tanto así, que la Corte Constitucional en varias de las disposiciones del Código Civil, anteriores a la Constitución de 1991, donde se incluye el término “*cónyuge*”, las declaró exequibles a condición de comprender que este vocablo no solo abarca al esposo o esposa unidos en matrimonio, sino también al compañero o compañera permanente que conviven en una unión marital de hecho.

Ahora bien, como quiera que la citada Ley 54 de 1990 alude a la pareja, hombre y mujer que de manera voluntaria han decidido vivir juntos, la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-075 de 2007, estableció que la figura de la unión marital de hecho descrita en la ley, debía interpretarse en el sentido de que los compañeros permanentes podían ser también dos hombres o dos mujeres, criterio que ayudó a la Corte posteriormente a reconocer a los miembros de las parejas del mismo sexo en unión permanente derechos a la salud y a la seguridad social, en especial a recibir una pensión de sobrevivientes.

En este punto vale la pena reiterar lo dicho por el Consejo de Estado, a través de sus distintas secciones, sobre el hecho jurídico de las parejas del mismo sexo que deciden hacer vida marital.

La Sección Tercera, Subsección “C” con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, a título de *obiter dicta*, sostuvo<sup>10</sup> que la familia creada por la voluntad responsable de dos personas de conformarla sin contraer matrimonio, cobijaba tanto a la pareja hombre y mujer, como a las parejas de un mismo sexo, o de sexo diverso, con fundamento en que la familia también está definida a partir de los

---

<sup>10</sup> Sentencia de 9 de julio de 2014, Expediente No. 29337.

principios de solidaridad, igualdad y respeto, apoyada en el concepto del amor, colaboración, cooperación, apoyo y fraternidad, que por diversas causas tiende a ser dinámica y variable. Destacó la Sala en especial, que la interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política ha sido articulada con otras disposiciones superiores, como la contenida en el artículo 13, para determinar que en materia legal existe un déficit de protección en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que de esas uniones también resulta predicable la posibilidad de conformar una familia.

Bajo esa línea de pensamiento, la Sección Tercera propuso superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza u orientación sexual a conformar de manera libre y autónoma una familia, y en esa medida, a título ilustrativo mencionó como unidad familiar la constituida por un padre y una hija, por una madre soltera con su respectivo primogénito, por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal o por la decisión libre y voluntaria de dos personas del mismo sexo que se profesan amor y desean realizar vida conyugal, merecedoras todas ellas de la protección estatal del artículo 42 Superior.

Lo anteriormente expuesto por la Sección Tercera, Subsección “C”, corresponde a una misma línea de pensamiento anterior expresada por la misma Subsección<sup>11</sup>.

La Sección Segunda, Subsección “A” con ponencia del magistrado Gustavo Gómez Aranguren, a título de *obiter dicta*, coincidió<sup>12</sup> con la Sección Tercera, Subsección “C” al considerar que si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, las que estructuran y le brindan cohesión a esa institución; por lo mismo indicó que la familia dejó de ser una institución ancestral estructurada sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos, para transformarse en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones o integraciones.

---

<sup>11</sup> Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 26800 M.P. Jaime Orlando Santofimio; y las sentencias de 11 y 24 de julio de 2013, Exps. 31252 y 27289, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>12</sup> Sentencia de 12 de junio de 2014. Expediente No. 2336-13

Señaló que en desarrollo de esa manifestación libre y espontánea, se ha llegado al punto de exhortar al Legislador para que determine la manera de cómo se puede formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él, pues para nadie es un secreto que la homosexualidad se tornó más visible a través de los tiempos y actualmente goza de mayor aceptación por parte de la sociedad. Hasta que se legisle en esa materia, puntualizó: las parejas del mismo sexo pueden acceder al régimen dispuesto en la Ley 54 de 1990 siempre y cuando cumplan con las condiciones previstas para las uniones maritales de hecho, esto es, la comunidad de vida permanente y singular, que se mantiene por un periodo de al menos dos años.

Ahora bien, una lectura del artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mencionado al inicio de este acápite, podría generar la idea según la cual, la familia que se reconoce y protege en este instrumento internacional, es la constituida por un **hombre y una mujer**, hecho que implicaría que la interpretación y decisión del juez interno, en este caso de la Sala Plena Contenciosa, en aplicación de las normas convencionales, se pudiese tachar como contraria al concepto que en ella se consagró.

Sin embargo, esa conclusión no es de recibo, en cuanto ello implicaría un desconocimiento no solo de los principios en que se funda el Estado colombiano, en especial, los de dignidad del individuo e igualdad, sino de los cimientos mismos del Derecho internacional de los Derechos Humanos, en donde la eficacia y protección de estos se impone, más allá de la literalidad de los textos en los que estos fueron incorporados.

Es importante advertir que tanto el juez interno como el internacional están obligados por unos estándares mínimos de protección, en donde el principio o cláusula de la interpretación más favorable o extensiva a los derechos y garantías del individuo se imponen.

En esa línea de protección y garantía, debe advertirse que los textos constitucionales como los de los tratados internacionales, deben ir adecuándose al

devenir de los tiempos en la sociedad, la que sufre transformaciones sociales, culturales, económicas, etc., que necesariamente han de incidir en el entendimiento del contenido tanto de los textos constitucionales como de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como consecuencia de esos cambios, los textos sufren rezagos, que pueden ir en contra de los mismos principios en los que se funda ese ordenamiento, por ejemplo, la dignidad, la igualdad, no discriminación, justicia, etc., razón por la que es labor de quien deben interpretarlos y aplicarlos<sup>13</sup> ajustarlos al nuevo contexto, por cuanto lo que en un momento no era aceptado o entendido por aquella, en otros lo es, hecho que exige una nueva lectura y/o interpretación de esos textos normativos, para adecuar y generar una protección más acorde con esas nuevas necesidades<sup>14</sup> y hacer efectivo así, el principio de supremacía de los mencionados derechos.

Se entiende, por tanto, que una es la norma en el momento de su creación y otra, a partir de la forma como se está aplicando y/o entendiendo, es decir, puesta en contexto o, como algunos lo han definido “como se ha vivido” o “derecho viviente”.

Lo anterior puede significar que las Constituciones de los Estados o su aplicación presenten rezagos frente a las tendencias de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o viceversa, es decir, que los estándares de protección en este resulten superados por el ordenamiento interno.

En ese sentido, ha de entenderse que, más allá de la discusión sobre la preeminencia de un derecho frente al otro, asunto que la Sala no considera que deba ser abordado en esta ocasión, se debe generar un diálogo entre la jurisprudencia o decisiones de los jueces de los Estados y la de los jueces internacionales para lograr el fin que es común a ambos: la máxima protección y garantía de los derechos.

---

<sup>13</sup> Esos intérpretes frente a las normas constitucionales son los Tribunales o Cortes que tienen la función de control de constitucionalidad. En el contexto internacional, los órganos creados por los mismos instrumentos o a los que en aquellos se les ha dado esta competencia.

No es extraño, entonces, encontrar referencias a las decisiones de los jueces internos por parte de los órganos de justicia internacional para fundar sus decisiones y viceversa.

Por tanto, la regla que se aplica en estas circunstancias, no es otra que cuando el estándar de protección es mayor por el ordenamiento interno de los Estados frente a los que se ha fijado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aquel debe ser tenido en cuenta, en aplicación de la cláusula de la interpretación más favorable o extensiva a los derechos y garantías del individuo, o viceversa.

En este diálogo, se hace igualmente importante un análisis del contexto normativo de cada Estado, por cuanto lo que en principio puede parecer contrario al orden internacional no lo es.

Lo expuesto hasta este punto y retornando al asunto que ocupa la atención de la Sala, permite advertir que el artículo 17 de la Convención Americana en cuanto al concepto de familia no puede ser entendido en forma literal, pues, como lo han advertido la Corte Constitucional<sup>15</sup> y esta Corporación, en los fallos reseñados en precedencia, ha sufrido una evolución para abarcar distintas formas en su configuración y/o constitución, para concluir que su conformación no se limita a la que puede surgir entre un hombre y una mujer; mismo racionamiento que fue aceptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>16</sup>, después de una lectura de las decisiones de tribunales internacionales como el Tribunal Europeo e internos, entre ellos, la Corte Constitucional de Colombia, para concluir que no hay un modelo único de familia, y que entenderlo de otra forma implicaría el desconocimiento de disposiciones de la misma Convención y de sus principios.

---

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 de 2011.

<sup>16</sup> “172. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia...”

“175. El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención” (Sentencia de 24 de febrero de 2012 caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile).

En resumen, la postura que asume la Sala Plena Contenciosa en este proceso, acerca de las diversas causas para constituir una familia no es contraria al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

### 4.3. Las uniones maritales de hecho

El artículo 1º de la Ley 54 de 1990, denomina la unión marital de hecho como “[...] *la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular [...]*”, y el precepto agrega que “[...] *para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho*”.

Para entender el concepto jurídico de la unión marital de hecho, como lo define la Ley 54 de 1990, es necesario visualizar dos tipos de relaciones personales: la simplemente afectiva y sentimental y la unión afectiva y sentimental análoga a la conyugal creada con el ánimo de convivir de forma estable.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del derecho civil proferida por la Corte Suprema de Justicia, las relaciones que no configuran *per se* una unión marital de hecho son las sentimentales o de noviazgo, que proveen la recíproca satisfacción de las necesidades sexuales y que pueden perdurar en el tiempo presentándose a veces convivencia esporádica o periódica, **distintas** a las uniones igualmente sentimentales, cuyos integrantes **sí cohabitan de forma permanente bajo un mismo techo de forma estable**, continua e ininterrumpida con **una comunidad de vida singular** (monogámica), es decir exclusiva, sin simultaneidad de uniones civiles<sup>17</sup> ni de relaciones maritales civiles o religiosas.

Estas últimas uniones consideradas como maritales de hecho se crean por voluntad de cada miembro de la pareja y subsisten por el ánimo mutuo de pertenencia y de unidad (*affectio maritalis*), y los fines de quienes la conforman

---

<sup>17</sup> Denominación que se usa para establecer un estado civil distinto al matrimonio civil.

pueden ser diversos: la de constituir una familia, la procreación, el socorro y ayuda mutua, la solidaridad y la colaboración económica.

De conformidad con las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005, la unión marital de hecho, puede declararse por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública ante notario, de común acuerdo entre compañeros permanentes, mediante acta suscrita ante un centro de conciliación legalmente reconocido, y por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba previstos en la legislación procesal general.

Para declarar una unión marital de hecho, no existe un determinado plazo, aunque existan términos de ley para la adquisición de ciertos derechos como son por ejemplo el tiempo mínimo de dos años de convivencia que señala el artículo 2º de la Ley 54 de 1990 para acceder al régimen de protección de la sociedad patrimonial de hecho, y los cinco años continuos de convivencia exigidos para ser beneficiario de una pensión de sobrevivientes, causados con anterioridad a la muerte del compañero permanente, establecidos en la Ley 797 de 2003.

Actualmente a las parejas que conforman una unión marital de hecho, en unos casos por disposición legal y en otros gracias a varias decisiones judiciales constitucionales en abstracto, se les han conferido los mismos derechos de las parejas unidas en matrimonio, en distintos ámbitos del derecho civil, laboral, de la seguridad social, entre otros.

Igualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos concretos para reparar daños causados por agentes del Estado y en materia laboral (pensional), ha extendido a los compañeros permanentes los mismos derechos que tradicionalmente la ley les otorga a los cónyuges en el vínculo matrimonial.

**4.4. La unión marital de hecho de parejas del mismo sexo fuente de derechos y obligaciones, sujeta a las mismas prohibiciones constitucionales y legales para las conformadas por parejas heterosexuales**

Existe una nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional encauzada hacia el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales, no solo en el ámbito patrimonial, sino también en el civil, laboral, pensional, etc. Asimismo, como ya se expuso *ut supra* la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que la unión de las parejas homosexuales goza de similares o iguales derechos de los que goza la unión de las parejas heterosexuales.

En aplicación de los principios de igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación, que establecen los artículos 13 y 5º Superiores, respectivamente, las uniones civiles de las parejas homosexuales adquieren iguales derechos propios de las parejas heterosexuales, a no ser que en una materia específica existan razones para considerar que las situaciones de los dos tipos de pareja se consideren no asimilables, caso en el cual la diferencia de trato no sería discriminatoria<sup>18</sup>.

Enseña la teoría del derecho que no existen “derechos sin deberes”<sup>19</sup>, y en aplicación de los mismos principios constitucionales de igualdad y de no discriminación, las uniones maritales de hecho conformadas por parejas homosexuales adquieren idénticas obligaciones legales y constitucionales propias de las uniones maritales de hecho integradas por parejas heterosexuales, a no ser que exista una razón objetiva que justifique un tratamiento diferenciado.

De esta forma lo ha entendido la jurisprudencia, por ejemplo en la sentencia C-029 de 2009, al estudiar distintas normas en concreto bajo un test de proporcionalidad, la Corte Constitucional señaló que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal aplica igualmente a las parejas que integran una unión marital de hecho, sin importar que sean del mismo sexo; asimismo, que las parejas homosexuales deben acatar las normas que prohíben la violencia intrafamiliar; que indistintamente se pueden aplicar las previsiones sobre patrimonio de familia inembargable o afectación a vivienda familiar de los compañeros permanentes; y que tampoco están exentos de la obligación de

---

<sup>18</sup> Por ejemplo, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 68 de la Ley de Infancia y Adolescencia, condicionándola a que las parejas del mismo sexo **solo** pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”.

<sup>19</sup> Teoría pura del derecho. H.KELSEN, página 99.

asistencia alimentaria respecto a su compañero del mismo sexo, entre otros aspectos.

Las inhabilidades que limitan el derecho de acceso al ejercicio de ciertos cargos públicos, como se sabe, están encaminadas a un bien común y al interés general de crear *“condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”*<sup>20</sup>

Por lo mismo, los deberes y las prohibiciones contenidas en la Constitución Política y en las leyes vigentes establecidas para las uniones maritales de hecho se deben cumplir y acatar sin importar la orientación sexual de sus integrantes; y si no existe una razón objetiva que justifique un tratamiento diferenciado, las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico asigne a las personas que conviven en una unión marital del hecho, serán aplicables en igualdad de condiciones a cada uno de los miembros sean heterosexuales, homosexuales o diversas.

#### **4.5. Recapitulación**

La Sala reitera las posiciones asumidas por algunas Subsecciones<sup>21</sup> del Consejo de Estado, acerca de las diversas causas para constituir una familia y con base en los mismos criterios sostiene que el término “Familia” hoy en día puede predicarse de las uniones maritales de hecho integradas por dos hombres o dos mujeres, que deciden crear una convivencia en los términos atribuidos en la ley 54 de 1990, es decir, cuando sus integrantes cohabitan de forma permanente bajo un mismo techo de forma estable, continua e ininterrumpida con una comunidad de vida singular (monogámica), exclusiva y sin simultaneidad de uniones civiles ni de relaciones maritales civiles o religiosas.

---

<sup>20</sup> Sentencia C-348 de 2004.

<sup>21</sup> Sección Tercera, Subsección “C” sentencia de 9 de julio de 2014, Exp. No. 29337; Sección Segunda, Subsección “A” - Sentencia de 12 de junio de 2014. Exp. No. 2336-13

En relación con la prohibición o inhabilidad que contiene el numeral 6 del artículo 179 Constitucional para el ejercicio de Congresista, encuentra la Sala que los supuestos de hecho de la norma jurídica son asimilables a las parejas homosexuales que conviven en unión marital de hecho<sup>22</sup>, porque al igual que las parejas heterosexuales en igual situación y a las unidas en matrimonio, siempre querrán favorecer a su pareja por los lazos de amistad, intimidad y solidaridad, que los une, y en esa medida en un mismo proceso democrático también el compañero (a) permanente puede obtener provecho del poder electoral de su pareja del mismo sexo, quebrantando el principio de igualdad electoral; por el contrario, no aplicar la referida inhabilidad a las parejas homosexuales en unión libre resultaría adverso al interés general de evitar que una misma familia acapare los máximos cargos políticos de elección popular.

Para probar la inhabilidad del numeral 6 del artículo 179 Constitucional, respecto de las parejas heterosexuales o del mismo sexo vinculados por una unión marital de hecho, se requiere acreditar las inscripciones de cada uno de sus miembros por un mismo partido político y para unas elecciones de igual periodo –de Senado o Cámara de Representantes–, como también la existencia del vínculo jurídico, es decir la unión marital de hecho entre los dos candidatos al momento de las respectivas inscripciones electorales sin importar la antigüedad de dicha unión de hecho, en razón a que ni la norma constitucional inhabilitante ni la ley que permite declararla establecen plazo alguno, como sí acontece para acceder al régimen de protección de la sociedad patrimonial o para efectos pensionales, conforme se explicó en la página 29 de esta providencia.

## 5. El caso concreto

Corresponde a la Sala verificar, conforme a las pruebas aportadas al proceso, si la Senadora Claudia López y la Representante Angelica Lozano, para las elecciones al Congreso 2014-2018, sin ninguna unión civil o religiosa con otras personas, **cohabitaban bajo un mismo techo de forma permanente, continua e ininterrumpida con el ánimo mutuo de socorrerse, colaborarse y ayudarse bajo una comunidad de vida estable como cualquier familia.** De probarse todos los anteriores elementos que configuran la unión marital de hecho, la senadora y la

---

<sup>22</sup> De la misma forma como lo establecieron la sentencias C-075 de 2007 y C-029 de 2009

representante se hallarían incursas en la causal de pérdida de investidura que prevé el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política.

### **5.1. El hecho notorio y las pruebas en las uniones permanentes**

Los demandantes arguyen que la unión marital de hecho entre las dos demandadas es un hecho notorio, registrado en varios reportajes, fotografías periodísticas, páginas de internet, recortes de noticias y de crónicas políticas y sociales; y para demostrarlo uno de ellos solicitó una prueba testimonial, aportó una recusación contra una de las demandadas como prueba documental y allegó al plenario los recortes o fragmentos periodísticos mencionados, los cuales se detallaron en extenso en el acápite correspondiente a la intervención en la audiencia pública del señor Víctor Velásquez Reyes, los mismos que reposan en los folios 69 a 91 del cuaderno 2; 327 a 362 del cuaderno 2; 38 a 40 vuelto del anexo 2 y en el anexo 4.

Pues bien, al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, los hechos notorios no requieren prueba, sin embargo, en lo que se refiere a la existencia de una unión marital de hecho entre compañeros permanentes, según lo prevé el artículo 4º de la Ley 54 de 1990 esta debe establecerse a través de los medios ordinarios de prueba, norma que se modificó por la Ley 979 de 2005 para disponer otros mecanismos para lograr su declaración, los cuales se reseñaron en acápite anterior, así, contrario a lo que sostienen los demandantes no se trata de un hecho evidente o de conocimiento general y público, no solo por la previsión legal que así lo preceptúa, sino porque es un asunto que atañe únicamente a la órbita privada e íntima de las parejas y si acaso a su círculo familiar y social más cercano, luego si dos personas en virtud de su autodeterminación deciden mantener una comunidad de vida permanente y singular, su acreditación para la administración de justicia exige por lo menos las pruebas que demuestren no solo las expresiones de afecto, sino las manifestaciones de ayuda mutua y la ubicación exacta del lugar de cohabitación como una revelación de convivencia efectiva, entre otros aspectos.

## 5.2. Valor de las pruebas periodísticas

Habrá que recordar que los documentos periodísticos requieren de otros elementos de convicción para la acreditación de los hechos, tal como lo estableció la jurisprudencia del Consejo de Estado en proceso de pérdida de investidura anterior<sup>23</sup>, a no ser que el medio periodístico divulgue hechos públicos y/o notorios o cuando en ellos se reproduzcan declaraciones y/o manifestaciones de servidores públicos, casos en los cuales el medio periodístico se constituye en una prueba del hecho. (A este respecto se puede consultar la sentencia de esta Sala Plena proferida el 14 de julio de 2015, actor José Manuel Abuchaibe Escolar, M.P. Alberto Yepes Barreiro).

## 5.3. Análisis probatorio (Cohabitación y *Affectio Maritalis*)

Hechas las anteriores precisiones, se pasa ahora a analizar las pruebas aportadas al proceso por la parte demandante y por las dos demandadas.

### 5.3.1. Pruebas de la parte demandante

#### 5.3.1.1. Documentales periodísticas

- En el artículo del 28 de enero de 2014 en la página digital [www.kienyke.com](http://www.kienyke.com) bajo el título *El Caldero de Artunduaga* aparece el tema de '*Pareja gay en política*'. Aquí el autor hizo una referencia a una inconformidad, según él, expresada por uno de sus contertulios, en el sentido de por qué "*nadie desaprueba que Claudia López y Angélica Lozano sean pareja política en las listas de Alianza Verde. Y lo sean en la vida real*", cuando las parejas heterosexuales no pueden inscribirse como candidatos a cargos de elección popular en la misma lista.

---

<sup>23</sup> Sentencia del 29 de mayo de 2012 Exp. No. 11001-03-15-000-2011-01378-00, M.P Susana Buitrago.

Se observa que el citado periodista, en dicho artículo, ad portas de las elecciones para el Congreso del 2014 solo apunta, a manera de crítica, una posible inhabilidad de las dos congresistas, en tanto, según el dicho de un tercero no identificado, para esa época las demandadas eran pareja en la vida real, pero el autor no hace más afirmaciones sobre dicha relación y no aporta algún dato concreto sobre esa vida en pareja, y precisamente este asunto como la presunta inhabilidad son de debate probatorio en el presente proceso y de resorte de esta jurisdicción de lo contencioso administrativo.

- El 8 de marzo de 2014 un día antes de elecciones en la dirección digital [www.alianzaverde.org.co](http://www.alianzaverde.org.co) *candidatos...2014*, aparece el perfil de la candidata Claudia Nayibe López, titulado “*Claudia López, Una rebelde con causa*”. El demandante resalta el aparte en el cual ella expresa que “*cuando su pareja actual, Angélica Lozano, le propuso ser su próxima pareja, ella le respondió: «No, no quiero ser la próxima, quiero ser la última»*». El 9 de marzo de 2014 la revista *Semana* con el título *Claudia López, La revelación de la Alianza Verde*, con la firma de la periodista Olga Lucía Lozano G., reproduce el texto que aparece en la página del partido antes citado. Y el 3 de abril del mismo año, en la página digital oficial de la senadora Claudia López aparece noticia sobre el lanzamiento del libro *Superpoderosos, Los protagonistas de 2014*, publicación de la Silla Vacía en la que aparece el perfil de la demandada, del cual resalta también el mismo aparte.

Esta afirmación de la senadora de que “*cuando su pareja actual, Angélica Lozano, le propuso ser su próxima pareja, ella le respondió: «No, no quiero ser la próxima, quiero ser la última»*”, devela de manera concreta una presunta relación de pareja -situación que confirmarían después las demandadas en la contestación de la demanda y en la respectiva audiencia- y en criterio de la Sala, corresponde para ese entonces a un deseo personal de quien dijo ser pareja de la representante demandada, pero dicha manifestación personal, resulta precaria para establecer esa relación de pareja como una unión marital de hecho de las características descritas en la ley.

- Igual análisis resiste la edición 279 de la revista *Jet-Set* de 26 de marzo a 7 de abril de 2014, páginas 38 a 40 bajo el título ‘*Claudia López: las batallas de una mujer diferente*’ al responder a la pregunta ¿Y su ingreso a la política no le va a

cambiar su rutina? Responde *'no creo. Tengo una vida tranquila que me hace muy feliz y que no estoy dispuesta a sacrificar por nada, ni por la política ni por el Congreso'. Dice que esa fortaleza le viene del amor. De ser una hija amada por sus padres y de tener una pareja estable. Después de algunas relaciones que no duraban más de cinco años y la dejaron despechada, Claudia espera que la que tiene con la abogada Angélica Lozano, recién elegida a la Cámara por Bogotá, sea para siempre. 'Ya estoy muy catana para volver a empezar. Llevamos muy poquito y todavía no sé si la maldición de los cinco años se vuelve a aplicar, ojalá que no. Soy una persona intensa y hago todo con absoluta pasión y entrega'.*

- El 28 de marzo de 2014 aparece en el portal [www.soyperiodista.com](http://www.soyperiodista.com) en un artículo con el título *López y Lozano: Una pareja inhabilitada* con la firma de la periodista Cielo G., en el que se lee que según las hoy demandadas podrían estar inhabilitadas para ejercer el cargo, de conformidad con las leyes colombianas, al ser compañeras sentimentales, lo que llevaría *"a que cualquier jurista del país que maneje el tema, demande la posesión de esta pareja verde que pretende ser congresistas..."*.

Para la Sala estas afirmaciones son de opinión sin conocimiento de certeza.

- La edición del 28 de agosto de 2014, de Colprensa: *"Claudia López y Angelica Lozano festejan fallo a favor de adopción gay"*, resalta que se acercaron a la Corte Constitucional como un gesto de aprobación al fallo; y en la edición 288 de la revista Jet-Set, aparece la fotografía de las demandadas al momento en que llegaron juntas a la posesión del presidente Santos.

Sin embargo, dichas informaciones no se refieren a un asunto que tenga que ver con la controversia que aquí se decide, ni aportan convicción alguna sobre la presunta unión marital de hecho, se trata la primera de un acto de apoyo y la segunda un acto público, sujeto a múltiples interpretaciones subjetivas.

### **5.3.1.2. El testimonio (Edgar Artunduaga)**

Del testimonio que rindió el señor Édgar Artunduaga Sánchez en audiencia que se llevó a cabo el 14 de enero del año en curso, solo se puede establecer que el referido periodista es el autor de la crónica que se publicó en la revista Kienyke.com en la columna que dijo se denominó *El Caldero Político* bajo el título “Pareja Gay en Política; y por lo que se puede inferir, ese fue el único objeto de la prueba perseguido por la parte demandante, pues éste siendo el principal interesado en la misma, solamente pidió al testigo que acreditara su autoría de la referida publicación.

Cuando el despacho indagó al testigo sobre los hechos de la demanda, atinó a decir que **no le constaba la cohabitación de las demandadas, que no conocía sus domicilios, ni sabía el lugar exacto donde vivían**, y si bien se mostró conocedor de la relación sentimental de las demandadas por los medios periodísticos y de farándula, expresó no saber cuándo empezó exactamente.

Por tales razones, en este caso, el testimonio recaudado resulta insustancial y no aporta nada sobre la presunta convivencia efectiva entre las dos demandadas.

#### **5.3.1.3. La Recusación**

Respecto a la recusación que el magistrado Jorge Pretelt Chaljub presentó en contra de la Representante a la Cámara, Angélica Lisbeth Lozano Correa, que la parte actora aduce como prueba en este proceso, no resulta conducente, ni pertinente, pues su contenido no se refiere a un asunto que tenga que ver con la controversia que aquí se decide y la misma corresponde a las razones por las cuales considera que la congresista debe apartarse del conocimiento de una investigación que se adelanta en su contra en la Comisión de Acusaciones de la Cámara, dado que como activista de la comunidad LGTBI y a título personal expresó su interés en que la Corte Constitucional se pronunciara a favor de la adopción de niños por parte de parejas homosexuales, decisión a la que se opuso abiertamente en su calidad de magistrado de esa Corporación.

#### **5.3.2. Pruebas de las demandadas**

La senadora y la representante a la Cámara en la audiencia pública, fueron coincidentes en afirmar que la relación afectiva y sentimental que sostienen, no tiene la connotación de una unión permanente o unión marital de hecho, porque carece de las características de singularidad, permanencia y cohabitación, que la ley y la jurisprudencia exigen para su configuración. Ambas congresistas aseguraron que la cohabitación como elemento indispensable de la unión marital de hecho resultaba imposible de probar dado que escasas semanas antes de la elección para Congreso de la República, una de ellas tenía fijada su residencia en la ciudad de Chicago en los Estados Unidos y la otra en la ciudad de Bogotá ejerciendo su dignidad de Concejal.

La Senadora Claudia López, para probar su dicho, aportó al proceso lo siguiente: (i) una copia de la carta de asignación de la beca *Fulbright* con la cual se le galardonó en 2010, (ii) una copia de la carta de aceptación como estudiante de tiempo completo al doctorado en ciencia política en *Northwestern University* en febrero de 2011, (iii) una copia de la visa J1 con vigencia de julio de 2011 a agosto de 2013 y registro de su ingreso a los Estados Unidos el 22 de agosto de 2011, (iv) copias de tres contratos de arrendamiento de un inmueble en la ciudad de Evanston (Illinois) en los Estados Unidos donde tuvo su residencia entre 2011 y 2013, (v) copias de cuatro registros de la Universidad de Northwestern donde constan las direcciones de su lugar de residencia en Evanston (Illinois), su estatus de estudiante de tiempo completo, en dos de los cuales se constata que su estado marital es soltera, (vi) copia de un cheque de su cuenta bancaria en el *Bank of America* en el que se registra su lugar de residencia en Evanston (Illinois) en Estados Unidos, (vii) copias de dos permisos que le otorgó la Universidad de *Northwestern* para suspender temporalmente sus estudios de doctorado desde abril de 2014 y (viii) diez recibos de pago de diferentes servicios públicos, privados y de salud en los que se registra un mismo domicilio en la ciudad de Bogotá, D. C.

La Representante Angélica Lozano, por su parte, aportó lo siguiente: (i) una copia del libro de registro de los intereses privados de los concejales de 10 de enero de 2012, (ii) una certificación de su asistencia a las sesiones del Concejo de Bogotá de los años 2012 y 2013, suscrita por el Secretario General de Organismo de Control, (iii) una póliza de seguro de vida de Positiva en el que se relacionan sus

beneficiarios, (iv) una póliza de seguro de vida en la Cámara de Representantes con sus beneficiarios, (v) una copia de la Declaración de Bienes y Rentas a 16 de julio de 2014, (vi) una certificación de beneficiarios en seguridad social a 21 de mayo de 2013, (vii) una certificación de beneficiarios en seguridad social a 1º de julio de 2014 y (viii) un certificado de tradición del inmueble de su propiedad con hipoteca a favor del Banco Colpatria, ubicado en la ciudad de Bogotá, que no coincide con el domicilio de la senadora demandada.

#### **5.4. Conclusiones**

Del recuento de pruebas se puede concluir lo siguiente:

1. Que existe una relación sentimental y afectiva entre las Congresistas demandadas, tal como ellas mismas lo reconocen.
2. Que dicha relación, no alcanza a tener las connotaciones de permanencia y de estabilidad de una unión marital de hecho.
3. No existen pruebas que demuestren cohabitación permanente entre las demandadas bajo un mismo techo; por el contrario, hay pruebas que demuestran que la Senadora y la Representante fijaron sus residencias antes, durante y después de las elecciones al Congreso de la República en sitios distintos, pues al momento de sus inscripciones al Congreso la primera estudiaba en el exterior y la segunda ejercía como Concejal de la ciudad de Bogotá, y a partir de la campaña electoral cada una estableció su residencia en la misma ciudad, pero en lugares distintos, en las direcciones por ellas señaladas.
4. Tampoco se demostró que tengan una comunidad de vida estable de forma continua e ininterrumpida, ni que a la fecha de las elecciones hubiesen tenido ese ánimo de solidaridad, colaboración y de ayuda mutua, como elementos propios de una unión matrimonial o de hecho, pues los únicos elementos de prueba del proceso sobre este aspecto indican que no existe tal colaboración de pareja ni de ayuda mutua, sí se observan las pólizas de seguro de vida y las listas de

beneficiarios en seguridad social, suscritas por la representante demandada, en las cuales no aparece por ningún lado la senadora demandada como beneficiaria.

5. En resumen, agotado el análisis de las pruebas aportadas al proceso, concluye la Sala que a pesar de que se probó la relación sentimental entre las dos demandadas, los demandantes en este proceso no lograron demostrar ningún elemento de los que la ley y la jurisprudencia relacionan como constitutivos de una unión permanente o unión marital de hecho, ni siquiera se comprobó una convivencia efectiva entre la Senadora y la Representante antes, durante ni después de las elecciones al Congreso de la República para el periodo 2014 – 2018 y en consecuencia tampoco se acreditó la causal de pérdida de investidura alegada, lo que impone denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A:**

**DENEGAR** las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura impetrada por los ciudadanos Víctor Velásquez Reyes y Ángela Johanna Morales Monsalve contra la Senadora Claudia Nayibe López Hernández y la Representante a la Cámara Angélica Lisbeth Lozano Correa.

#### **COPIÉSE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Se deja constancia de que la anterior sentencia se leyó, discutió y aprobó por la Sala en sesión de la fecha.

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**Presidente**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**MARTHA TERESA BRICEÑO VALENCIA**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**CARMELO PERDOMO CUETER  
RAMÍREZ**

**JORGE      OCTAVIO      RAMÍREZ**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**GUILLERMO VARGAS AYALA**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2014-02211-00(PI)SU y  
11001-03-15-000-2014-02770-00(PI)

**Demandado:** CLAUDIA LOPEZ HERNANDEZ Y ANGELICA LOZANO CORREA

**Referencia:** ACLARACION DE VOTO – DANILO ROJAS BETANCOURTH

1. La presente sentencia negó la pérdida de investidura formulada por los ciudadanos Víctor Velásquez Reyes y Ángela Johanna Morales en contra de la senadora Claudia López Hernández y de la representante a la Cámara Angélica Lozano Correa, por violación del régimen de inhabilidades previsto en el artículo 183 de la Constitución Política.

2. Si bien comparto el sentido de la decisión en tanto declaró que no se acreditó la causal de pérdida de investidura alegada dado que la relación sentimental existente entre las demandadas no alcanza a tener la connotaciones de permanencia y estabilidad propias de una unión marital de hecho, aclaro mi voto por las razones que se exponen a continuación:

3. El fallo concluye que la familia que reconoce y protege el ordenamiento jurídico interno no es solamente aquella que surge por la decisión de un hombre y una mujer, sino que se extiende también a las conformadas por parejas homosexuales. Empero, para llegar a esta conclusión, cita lo dicho a título de *obiter dicta* por la Sección Tercera en la sentencia de 9 de julio de 2014<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> En esta oportunidad, luego de concluir que el daño invocado por los demandantes era imputable a la administración, la Sección Tercera debía resolver si puede presumirse el perjuicio moral respecto de los hermanos de crianza, que son personas que no están unidos a la víctima por vínculos naturales o jurídicos, pero sí por lazos de fraternidad, cariño y solidaridad.

3.1. El *obiter dicta* ha sido definido por la doctrina como aquellos apartes de la decisión judicial que no hacen parte central o esencial de la motivación<sup>25</sup>. En similar sentido, la jurisprudencia ha señalado que constituye un mero *dictum*, “*toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario*”<sup>26</sup>.

3.2. Este concepto se opone al de *ratio decidendi*, el cual se entiende como “*la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica*”<sup>27</sup>. También es distinto del de *decisum*, que refiere a la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica si el acusado es o no culpable en materia penal, si daño le resulta o no imputable a la administración, si la disposición acusada es o no inexecutable, etc.

3.3. El *obiter dictum*, a diferencia de la *ratio decidendi* y del *decisum*, no es vinculante, por lo que los apartes de la sentencia que caben dentro de este concepto no resultan jurídicamente relevantes para resolver asuntos o cuestiones que se sometan a decisión de los jueces en el futuro.

3.4. En el caso concreto, el recurso al *obiter dictum* no solo era innecesario, sino que además, era desafortunado desde el punto de vista argumentativo. La Sala tenía mejores razones para sostener y defender como propia la idea de que no existe un único modelo de familia y que aquella creada por la voluntad responsable de dos personas del mismo sexo de conformarla también puede considerarse como tal.

3.5. El asunto, entonces, merecía un mejor tratamiento por parte de la Corporación, sobretodo si se tiene en cuenta que era indispensable para resolver si las demandadas se encontraban incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política y que

---

<sup>25</sup> Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, editorial Legis, primera edición, Bogotá, 2000, p. 114.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

establece que no podrán ser congresistas “[q]uienes estén vinculados entre sí matrimonio o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha”.

3.6. En efecto, en la medida en que el matrimonio y la unión permanente son algunas de las formas bajo las cuales es posible constituir una familia, según lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, era necesario precisar los alcances de este concepto a efectos de concluir que la causal de inhabilidad también cobija a las parejas del mismo sexo.

4. De otra parte, el fallo sugiere que el estándar de protección a la familia es mayor en el ordenamiento jurídico interno que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debido que *“la familia que reconoce y protege este instrumento internacional –se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos– es la constituida por un hombre y una mujer”*.

4.1. Esta afirmación parte de una lectura equivocada, que no es ni siquiera literal, del artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que la norma en ninguno de sus apartes restringe en esos términos el concepto de familia. Veamos:

#### **Artículo 17. Protección a la familia**

*1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*

*2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

3. *El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*

4. *Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*

5. *La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.*

4.2. La norma protege la familia y el derecho de un hombre y una mujer a contraer matrimonio, pero de ninguna manera señala que la primera depende inefablemente del matrimonio o, dicho en otras palabras, que sólo puede constituirse por vínculos contractuales o jurídicos.

4.3. Por lo demás, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el intérprete autorizado de la Convención, ha indicado, con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el modelo de familia puede cambiar por lo que la imposición de uno en particular “*debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención*”<sup>28</sup>.

4.4. De lo anterior se sigue que no es cierto que el estándar de protección a la familia en el derecho interno sea mayor que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al contrario, en la medida en que la Corte Interamericana ha

---

<sup>28</sup> Corte IDH, caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 175.

señalado, de la misma forma en que lo han hecho los tribunales nacionales, concretamente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que el matrimonio es sólo uno de los distintos modelos de familia que existen en la actualidad, es evidente que se trata del mismo estándar de protección.

*Fecha ut supra*

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Magistrado

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2014-02211-00(PI)SU y  
11001-03-15-000-2014-02770-00(PI)

**Demandado:** CLAUDIA LOPEZ HERNANDEZ Y ANGELICA LOZANO CORREA

**Referencia:** ACLARACION DE VOTO – HERNAN ANDRADE RINCON

Junto con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corporación y, no obstante comparto la decisión a la que se arribó en el expediente del asunto, me veo en la necesidad de aclarar mi voto respecto de algunos asuntos que sirvieron de sustento para adoptar la decisión que acompañaron mayoritariamente los honorables Magistrados de la Corporación.

La aclaración que mediante el presente escrito presento refiere, en particular, a las alusiones efectuadas respecto de lo dispuesto en la Ley 54 de 1990 para efectos de desentrañar aquello que debe considerarse como una “*unión permanente*” desde el punto de vista constitucional, pues ello resulta impropio, dado que la ley mencionada tiene una finalidad exclusivamente económica, en tanto pretende ofrecer una protección de notas patrimoniales a los integrantes de la denominada “*unión marital de hecho*”, lo cual, por supuesto, refiere a una situación sustancialmente diversa a la que se analiza en el presente fallo.

En efecto la “*unión permanente*” a la que alude la causal de desinvestidura no puede ser asimilada, sin más, a la regulada en la mencionada Ley 54, pues esta tiene una acentuada connotación económica, en tanto que, aquella referida por el texto superior, pretende la protección de caros intereses constitucionales, concentrados, en mucho, en la erradicación del nepotismo en la actividad política, por manera que lo que rechaza es que personas con planes de vida unívocos en

lo sustancial, por compartir una relación sentimental y tener un compromiso vital, bajo la ética que ilustre el plan de vida de cada individuo, participen en la contienda política, bajo el amparo de un mismo partido, movimiento o grupo político y, con ello confundan la *cosa pública* con sus aspiraciones o asuntos puramente personales, en desmedro de los intereses de la comunidad y de terceros que puedan ser objeto de un trato desigual desde el punto de vista electoral.

De lo que se deja dicho deviene, además, que no es requisito *sine qua non* para la configuración de la causal constitucional de desinvestidura la “*singularidad*” de la unión permanente a la que hace alusión el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, pues la permanencia de la misma no está determinada por la exclusividad de la relación y, de hecho, no le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, sino a la ordinaria -de resultar menester-, desentrañar si en el caso concreto existe o no una unión familiar constitutiva de la unión marital de hecho. Al respecto, resulta ilustrativo poner de presente que la Corporación en asuntos de estirpe pensional no excluye los derechos del compañero o compañera permanente por el hecho de la convivencia simultánea<sup>29</sup>.

Lo anterior implica, además, que resultaba innecesario, a partir de la referencia a la Ley 54 de 1990, hacer alusión a la posibilidad que parejas del mismo sexo puedan conformar aquello que en el artículo 42 de la Carta Política es entendido como familia, no porque ello no resulte posible desde el punto de vista constitucional, sino por lo innecesario de cara a resolver el asunto de fondo y que se concentra en la posibilidad, o no, de entender que cuando el ordinal 6º del artículo 179 *superior* refiere a “*quienes estén vinculados entre sí por unión permanente*”, puedan entenderse incluidas tanto parejas homosexuales como heterosexuales. Refuerza lo anotado, la afirmación de la providencia que se aclara cuando señaló:

*“Estas últimas uniones consideradas como maritales de hecho se crean por voluntad de cada miembro de la pareja y subsisten por el ánimo mutuo de pertenencia y de unidad (affectio maritalis), y los*

---

<sup>29</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2007, C.P. Jesús María Lemos, Actor: María Lilia Alvear Castillo, Exp. No. 2410-04.

*finas de quienes la conformar pueden ser diversos: la de constituir una familia, la procreación, el socorro y ayuda mutua, la solidaridad y la colaboración económica”.*

Así, en efecto, las “*uniones permanentes*” de que trata la hipótesis constitucional que da paso a la pérdida de la investidura, no necesariamente deben apuntar a la conformación de una *familia* en los términos constitucionales y, por lo tanto, basta con que se demuestre la permanencia de la relación y una vida en pareja –no necesariamente exclusiva–, para que se pueda dar por configurada la causal de desinvestidura.

Fecha *ut supra*

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2014-02211-00(PI)SU y  
11001-03-15-000-2014-02770-00(PI)

**Demandado:** CLAUDIA LOPEZ HERNANDEZ Y ANGELICA LOZANO CORREA

**Referencia:** ACLARACION DE VOTO – STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Aun cuando estimo que la acción de pérdida de investidura impetrada contra las congresistas demandadas no debe prosperar y, en tal sentido, comulgo con la parte resolutive de la providencia adoptada de forma unánime, respetuosamente manifiesto mi desacuerdo con la parte motiva de la misma, para efectos de lo cual observaré el siguiente orden expositivo: **i)** la causal de pérdida de investidura planteada en la demanda es la inhabilidad a la que se refiere el artículo 179.6 C.P. Para que la misma se configure no es indispensable demostrar la existencia de unión marital de hecho, pues, de ser así, ello significaría convertir en letra muerta la causal. De ahí la necesidad de distinguir entre unión marital de hecho y unión permanente –última que constituye el supuesto de hecho regulado por la norma que contempla la inhabilidad– y que la sentencia equipara, sin más, a la unión marital de hecho; **ii)** todos los servidores públicos, sin excepción, gozan del derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 15 C.P.). Aunque en ocasiones tratándose de estos servidores la protección de ese derecho debe ceder en algunos aspectos para hacer efectivo el control democrático y la rendición de cuentas, ello no implica, ni supone confundir el interés público con “*lo íntimo de los servidores públicos*”. Así, en lo que atañe, por ejemplo, al “*dato sensible*”, vb.gr. la convivencia o la opción sexual, el juez debe mantener siempre una postura que asegure la inexistencia de sesgo en la decisión a su cargo, al tiempo que debe cuidarse de sustentar la valoración probatoria con base en criterios sospechosos,

prohibidos constitucional y legalmente por los efectos injustificadamente discriminatorios que su aplicación trae consigo –artículo 13 C.P.–.

**1. La causal de pérdida de investidura planteada en la demanda es la inhabilidad a la que se refiere el artículo 179.6 C.P. Para que la misma se configure no es indispensable demostrar la existencia de unión marital de hecho, pues, de ser así, ello significaría convertir en letra muerta la causal. De ahí la necesidad de distinguir entre unión marital de hecho y unión permanente –última que constituye el supuesto de hecho regulado por la norma que contempla la inhabilidad– y que la sentencia equipara, sin más, a la unión marital de hecho**

La sentencia usa de manera indistinta los términos unión marital de hecho y unión permanente cuando se trata de figuras jurídicas diferentes. Se sabe que la Ley 54 de 1990 definió la unión marital de hecho como la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida ***permanente y singular*** –se destaca–. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. Es también conocido que la jurisprudencia constitucional extendió el régimen de protección contenido en la aludida ley a las parejas del mismo sexo.

El efecto jurídico principal de la regulación contemplada en la Ley 54 de 1990 es la existencia entre los compañeros permanentes –sean pareja homosexual o heterosexual– de la ***sociedad patrimonial de hecho*** –se destaca–. Es esta una figura establecida por la ley con efectos de carácter patrimonial y, por ello mismo, se impone inexorablemente el requisito de la ***singularidad*** que no se exige en el caso de las uniones permanentes, al punto de que imponer tal condición por vía judicial convertiría en letra muerta la inhabilidad, a la que se refiere el numeral 6º del artículo 179 C.P. que reza –se destaca–:

*“No podrán ser congresistas:*

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha”.

Nótese que la exigencia es la permanencia pero no **la singularidad**. De donde se sigue que una persona puede tener varias uniones permanentes y ello no es óbice para que exista este tipo de unión<sup>30</sup>, lo que se descarta, de plano, en el caso de la unión marital de hecho. Entonces, **la singularidad** no es un elemento que la ley pueda imponer y como el artículo 179.6 C.P. no la instituye, el juez no está llamado a establecerla. –se destaca–.

La unión permanente se genera por el **afecto maritalis** –se destaca–. Su existencia no depende de la cohabitación, ni de la continuidad, como equivocadamente lo afirma la sentencia en su parte motiva. Es el **ánimo o la voluntad de las personas** lo que la genera, trátase de parejas homosexuales o heterosexuales. Desde luego, si la pareja cohabita bajo el mismo techo y, al paso, demuestra que tiene una relación que, además de permanente, es singular, el *afecto maritalis* resulta más fácil de probar. De todos modos, tanto las parejas del mismo sexo como las heterosexuales pueden ser parejas permanentes y afectar la igualdad que es, precisamente, lo que la inhabilidad prevista en el artículo 179.6 C.P. pretende salvaguardar, sin necesidad de que se compruebe la existencia de una unión marital de hecho con su exigencia de **singularidad** –se destaca–.

Para establecer que se tiene una unión permanente homosexual o heterosexual tampoco se exige probar que se vive bajo el mismo techo y/o que existe un ánimo mutuo de socorrerse. La cohabitación, ni la singularidad, ni el socorro mutuo constituyen elementos *sine qua non* para la existencia de uniones permanentes.

---

<sup>30</sup> Ocurre algo similar a lo que sucede con los cónyuges; los cónyuges pueden aceptar inclusive la infidelidad. En ese sentido, la Corte mediante sentencia C-660 de 2000 declaró inexecutable una norma del Código Civil que decía que las relaciones sexuales extramatrimoniales serán causal de divorcio salvo que el cónyuge la haya consentido, permitido o tolerado. Según el alto tribunal la expresión “salvo” es inconstitucional porque significa conferir una potestad para juzgar en un ámbito del fuero íntimo de las personas. Los cónyuges deben poder obrar de manera libre sin interferencias inadmisibles y pueden, incluso, perdonar la infidelidad de su cónyuge. Esa decisión no es asunto que incumbe a las autoridades judiciales. Pero si el cónyuge resuelve por motivo de una sola y única relación extramatrimonial solicitar el divorcio, se lo debe decretar.

**No se requiere la cohabitación** porque si es verdad que quienes componen las parejas tienen derecho a ser recibidos en la casa del otro, ello se aplica cuando así lo deciden voluntariamente las parejas. En muchos casos sucede que, por distintos motivos, las parejas resuelven vivir en domicilios separados sin que ello interfiera en su *ánimo maritalis* generador de convivencia.

**No se exige la singularidad** precisamente porque la inhabilidad prevista en el artículo 179.6 C.P. se refiere a unión permanente y, en tal sentido, se distingue de la unión marital de hecho, figura para cuya existencia la singularidad es requisito *sine qua non*, hasta el punto de que si no se demuestra singularidad no puede declararse la existencia de una unión marital de hecho.

Por el contrario, ya se dijo que tratándose de una unión permanente la exigencia de singularidad en la relación no se presenta, esto es, la unión permanente existe aun cuando se presente infidelidad entre los compañeros permanentes. De suerte que uno de los integrantes de la unión permanente puede tener varios compañeros permanentes y, entonces, frente a todos ellos debe aplicarse la inhabilidad prevista en el artículo 179.6 C.P.

Nuevamente: la unión permanente se caracteriza por su perdurabilidad en el tiempo, pero no por su exclusividad. Se determina, asimismo, por la cohabitación que no es física, esto es, no significa, como equivocadamente lo afirma la sentencia, que los compañeros permanentes homosexuales o heterosexuales vivan bajo el mismo techo, pues sería muy fácil burlar la inhabilidad cuando, pese a que existe *afecto maritalis* generador de convivencia, se habita en domicilios separados.

La **ausencia de solidaridad o de ayuda mutua** tampoco desvirtúa el carácter permanente de la unión. Porque entonces ¿qué sucede cuando el compañero permanente no cumple con la obligación de suministrar alimentos a su pareja? ¿Qué ocurre cuando uno de los compañeros o compañeras permanentes sean heterosexuales u homosexuales queda incapacitada y no tiene pensión? Podría afirmarse, por tanto, que como no se cumple la exigencia de solidaridad y ayuda

mutua ¿no existe la unión permanente? O que como no cohabitan las parejas bajo un mismo techo o no existe notoriedad pública ¿tampoco se presenta unión permanente? En fin, qué sucede cuando se presentan interrupciones por desavenencias y se interrumpe la relación, ¿puede derivarse de esa situación que no hay unión permanente? Todas estas cuestiones deben responderse de modo negativo.

Vale decir, bajo esas circunstancias hay unión permanente, porque su existencia no depende de la cohabitación bajo un mismo techo, ni de la singularidad, ni de la observancia de los deberes de solidaridad y ayuda mutua, ni de la notoriedad, ni de la continuidad o no interrupción de la relación. Únicamente depende de la existencia del **afecto maritalis generador de convivencia** que es el que se tiene que probar –se destaca–. ¿Cómo se prueba el *afecto maritalis*?

Lo primero, es la **aceptación mutua**. Desde luego, para demostrarlo servirían elementos como la convivencia bajo un mismo techo; la ayuda mutua y la solidaridad entre los integrantes de la pareja, etc. Pero, se reitera: de no existir estos elementos, ello no significa que el *afecto maritalis* no se dé. Porque, como ya atrás indiqué y, en este lugar lo reitero nuevamente, de imponerse tal entendimiento, se tornaría inane la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 179.6 C.P.

Claro está que el *afecto maritalis* genera derechos y obligaciones. Ello es así porque media la voluntad libre de conformar una familia –tal como se deriva del artículo 42 C.P.– lo que, desde luego, se extiende a las parejas del mismo sexo.

Ahora bien en el asunto bajo estudio de la Sala el *afecto maritalis* no se encuentra presente, entre otras cosas, porque las propias congresistas demandadas niegan su existencia. ¿Basta que las parejas lo nieguen? No. Habrá eventos en los cuales se deberá mirar si, a partir de la presencia de otros elementos, el juez puede llegar a la conclusión de que existe *afecto maritalis*.

Lo que de ninguna manera puede hacer el juez es pretender que, si no se demuestra singularidad, no hay unión permanente, pues, ya se señaló que una unión permanente no requiere ser singular o exclusiva para existir. De donde

incluso quienes tengan tres uniones permanentes pueden quedar incursos en la inhabilidad.

En conclusión, no resulta factible equiparar la unión marital de hecho con la unión permanente como lo hace la providencia de cuya motivación me separo. Mientras que la unión marital de hecho persigue unos objetivos muy concretos, a saber, la generación de la sociedad patrimonial de hecho, esto es, la comunidad patrimonial de bienes cuyo fin consiste en darles las mismas aplicaciones de la sociedad conyugal –la Corte Constitucional ya dijo que puede existir sociedad patrimonial de hecho también entre parejas del mismo sexo–, la segunda busca por medio del *afecto maritalis* generar la *comunidad de vida* y no exige singularidad.

Por las razones antes expresadas, no estoy de acuerdo cuando en el folio 37 de la providencia se afirma –se mantienen las negrillas en el texto citado–:

*“Corresponde a la Sala verificar, conforme a las pruebas aportadas en el proceso, si la Senadora Claudia López y la representante Angélica Lozano, para las elecciones al congreso 2014-2018, sin ninguna unión civil o religiosa con otras personas, **cohabitación bajo un mismo techo de forma permanente, continua e ininterrumpida con el ánimo mutuo de socorrerse, colaborarse y ayudarse bajo una comunidad de vida estable como cualquier familia.** De probarse todos los anteriores elementos que configuran la unión marital de hecho, la senadora y la representante se hallarían incursas en la causal de pérdida de investidura que prevé el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política”.*

En realidad lo que correspondía a la Sala probar, puesto que se trataba de verificar si se estructuró o no la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 179.6 C.P., es la existencia de **afecto maritalis generador de convivencia** entre las congresistas demandadas, siendo indiferente la opción sexual, pues, de lo contrario, estaría valiéndose de un criterio sesgado, prejuicioso y sospechoso en cuanto injustificadamente discriminatorio y, como tal, prohibido constitucional y legalmente. Sobre este último aspecto volveré más adelante en el acápite siguiente.

**2. Todos los servidores públicos, sin excepción, gozan del derecho a la intimidad personal y familiar –artículo 15 C.P.–. Aunque en ocasiones, tratándose de estos servidores, la protección de ese derecho debe ceder en algunos aspectos para hacer efectivo el control democrático y la rendición de cuentas, ello no envuelve, ni supone confundir el interés público con “*lo íntimo de los servidores públicos*”. Así, en lo que atañe, por ejemplo, al “*dato sensible*”, entre los que se encuentra la opción sexual o la convivencia, el juez debe mantener siempre una postura que asegure la inexistencia de sesgo, al tiempo que debe cuidarse de sustentar la valoración probatoria con base en criterios sospechosos con efectos injustificadamente discriminatorios prohibidos constitucional y legalmente**

No sin frecuencia materializar el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos supone trazar las fronteras entre lo privado y lo público e implica, en tal sentido, responder las siguientes preguntas: ¿qué es lo que debe permanecer reservado a la esfera de intimidad y fuero interno del servidor público?; ¿qué aspectos de su vida deben quedar sometidos al conocimiento y crítica de los demás?<sup>31</sup>

Se sabe que tratándose de servidores públicos la frontera entre lo público y lo privado se torna borrosa; en ocasiones, se exige, incluso, que lo público avance y lo privado retroceda. Desde luego, esto no supone correr la frontera de lo público hasta el extremo de que se suprima de un tajo y, de modo absoluto, el derecho a la intimidad personal y familiar de los servidores públicos. Dado el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales, tal situación resulta imposible; pero sería, además, perniciosa, pues en lugar de fortalecer la experiencia democrática –como podría inicialmente pensarse– siempre existe el riesgo de que lo público termine por confundirse con lo “*íntimo de los servidores públicos*”<sup>32</sup>. De ello se sigue, en últimas, que se abandone el terreno de lo que reamente puede revestir interés ciudadano y se invadan ámbitos tan personales y privados que deben

---

<sup>31</sup> Carolina GONZÁLEZ CIFUENTES, El derecho a la intimidad de los altos cargos. Limitaciones y control patrimonial, Universidad de Salamanca, tesis de grado, 2011, p. 9.

<sup>32</sup> La expresión usada acá, es análoga a la utilizada por Carolina GONZÁLEZ CIFUENTES, El derecho a la intimidad de los altos cargos. Limitaciones y control patrimonial, Universidad de Salamanca, tesis de grado, 2011, p. 10: “*lo público se confunde con lo íntimo de las personas públicas*”.

permanecer al margen del escrutinio público, pues no interesan ni deben interesar más que a sus titulares. De ahí la necesidad de ponderar.

Para ese cometido resulta central identificar el propósito que se busca obtener con la información pública y ha de tomarse en cuenta que la misma se propone, entre otras, salvaguardar el derecho de los asociados a escrutar y deliberar sobre asuntos que puedan afectarlos; esto es, el derecho a ubicar información de interés público indispensable para conocer y rechazar actuaciones que afecten a la colectividad. En fin, el derecho a obtener de los servidores públicos la debida y oportuna rendición de cuentas, lo que integra y forma parte primordial de una experiencia democrática capaz de promover el juicio maduro y de estimular el control ciudadano<sup>33</sup>.

En efecto, los límites entre lo público y lo privado para los servidores públicos lejos de ser fijos suelen ser fluidos; se corren y descorren dependiendo de la importancia que tenga, en cada caso concreto, el escrutinio público tanto como los postulados de **publicidad** y **transparencia** ínsitos a los procesos de rendición de cuentas que le son propios –se destaca–. De donde no se sigue, ni puede derivarse, que los servidores públicos renuncien a su privacidad ni a su intimidad personal y familiar.

Vale destacar que la intimidad y privacidad personal constituyen nociones diferentes, pero estrechamente relacionadas entre sí, como quiera que reivindican para los individuos ámbitos en los cuales la interferencia de terceros y, más aun, de los poderes públicos resulta inadmisibile. A diferencia de lo que sucede en otras partes del mundo, en Colombia la intimidad personal y familiar fue consignada expresamente como derecho fundamental por el artículo 15 C.P. en los siguientes términos:

*“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*

*En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.*

*La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.*

*Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.*

La lectura de la norma transcrita permite constatar que la Constitución ordena al Estado respetar y, hacer respetar, el derecho a la intimidad personal y familiar. Autoriza a concluir, asimismo, la estrecha relación existente entre este y el derecho al buen nombre, en ejercicio del cual se debe asegurar el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se recopilen sobre sí mismo.

En suma, es dable confirmar el estrecho nexo que el precepto en cita establece entre, por una parte, el derecho a la intimidad personal y familiar y, por la otra, los derechos al buen nombre, al honor y a la propia imagen. Y no podía ser de otra manera; la relación entre todos estos derechos, denominados también derechos de la personalidad, es evidente en cuanto han sido considerados parte esencial para el desarrollo completo e integral de los seres humanos, tenidos, en consecuencia, como inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Que el derecho a la intimidad personal y familiar se encuentre expresamente establecido en la Constitución y que se ordene rodearlo de garantías para su efectiva materialización, no releva a la judicatura de la tarea de fijar su sentido y alcance, lo que ha sido objeto de amplias y candentes discusiones a uno y otro lado del globo terráqueo. De todos modos, suele existir acuerdo en la naturaleza de derecho fundamental propio de la intimidad personal y en que —se itera—, este derecho resulta irrenunciable, inalienable e imprescriptible, pues su ámbito de protección se relaciona, como pocos, con la especial condición de la dignidad

humana hasta el punto de que su renuncia significaría instrumentalizar a la persona y despojarla de la dignidad que le es propia por el solo hecho de existir. Supondría, en suma, dejar de considerarla como un fin en sí misma y tratarla únicamente como medio.

En tal sentido, la intimidad personal resulta inherente al ser humano e indispensable para el desarrollo de su propia personalidad e identidad. Comprende distintos aspectos que deben mantenerse al margen de la interferencia de terceros y, en especial, ajena a las intromisiones por parte de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, suele hablarse de la presencia de un espacio personal y privado en el sentido de que allí lo público, esto es, lo que trasciende al individuo y se proyecta sobre la colectividad y las instituciones, no tiene cabida.

Así, pues, el derecho a la intimidad personal se ha relacionado con la libertad y la privacidad –acento puesto por el derecho norteamericano–, pero también se ha vinculado con la dignidad humana –énfasis marcado por la tradición del derecho continental europeo–<sup>34</sup>. En el primer caso, se destaca la necesidad del individuo “*de rechazar la intromisión gubernamental en la esfera privada*”<sup>35</sup>. La garantía se torna más aguda tratándose de proteger “*la santidad del hogar frente a los actores gubernamentales*” y disminuye su intensidad “*en la esfera de las invasiones mediáticas*”<sup>36</sup>. Entretanto, el nexo entre intimidad personal y dignidad humana ha sido marcado por la doctrina y la jurisprudencia europea continental, lo que se encuentra lejos de significar que dicha noción sea ajena al derecho norteamericano.

---

<sup>34</sup> Sobre estas diferencias confrontar el artículo escrito por Patricia S. ABRIL y Eugenio PIZARRO MORENO “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido” en *InDret* 1/2014, Barcelona. Disponible en red en el sitio [www.indret.com/pdf/1031.pdf](http://www.indret.com/pdf/1031.pdf). Consultado el 24 de agosto de 2015. Los autores ponen de presente que existen dos criterios alrededor de los cuales gravitan estos temas: “[l]a jurisprudencia estadounidense otorga un lugar cimero a la noción de privacidad como control sobre la información personal y, por tanto, la autonomía de decidir con quién compartirla. Por el contrario, la jurisprudencia europea adopta la noción de privacidad como dignidad, o sea, como un derecho humano a la vida privada, un derecho y valor sustantivos de primer orden”.

<sup>35</sup> Cfr. Patricia S. ABRIL y Eugenio PIZARRO MORENO “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido” en *InDret* 1/2014, Barcelona. Disponible en red en el sitio [www.indret.com/pdf/1031.pdf](http://www.indret.com/pdf/1031.pdf). Consultado el 24 de agosto de 2015.

<sup>36</sup> *Ibid.*

Es más, como la Constitución norteamericana no consignó expresamente el derecho a la intimidad personal, la necesidad de salvaguardarla se puso de presente a raíz del famoso opúsculo escrito por Samuel Warren y Louis Brandeis publicado en 1890 por Harvard Law Review<sup>37</sup>. A partir de ese momento, comenzó a adquirir el derecho a la intimidad personal los contornos y el significado que aún hoy mantiene, así las discusiones acerca del tipo de injerencia de terceros y de los poderes públicos que se considera admisible sean, hoy por hoy, tan profundas como álgidas<sup>38</sup>.

Con el desarrollo de tecnologías cada vez más sofisticadas y avanzadas se plantea la cuestión sobre si las fronteras del derecho a la intimidad se han vuelto a tal punto fluidas, que, en la actualidad, resultaría difícil encontrar respecto de ese derecho un núcleo libre de interferencias. El propio juez Brandeis en su salvedad de voto en el caso *Olmstead vs. The United States* de 1928, pareció vislumbrar las amenazas<sup>39</sup>:

*“El tiempo provoca cambios, originando la existencia de nuevas condiciones y propósitos. Un principio para estar vivo debe ser objeto de una aplicación más amplia que el mal que ha originado su nacimiento. Esto es particularmente cierto en las constituciones. Por tanto, en la aplicación de la constitución nuestra consideración no puede atender sólo a lo que ha sido, sino a lo que pueda ser [...] mecanismos más sutiles y extensivos de invadir la privacidad están disponibles*

---

<sup>37</sup> “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, vol. iv, n.º5, 15 de diciembre de 1890.

<sup>38</sup> Como lo recuerda Oscar Julián GUERRERO PERALTA: *“El pequeño libro de los dos juristas de Boston, tantas veces citado, fue fundamental para que los norteamericanos hablaran del derecho a la intimidad. Warren y Brandeis en su ensayo de 1890 The Right to Privacy, como en su tiempo lo hizo Beling para Alemania, optaron por la necesidad de definir un principio que pudiese ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a los medios de comunicación y a los riesgos tecnológicos. La obra de estos dos juristas puede ser leída como el salto de una concepción liberal de la intimidad patrimonializada o conformada en el marco estrictamente familiar, para pasar a una versión de la intimidad como derecho subjetivo e individual o, más aún, como presupuesto de un derecho fundamental en el sentido moderno. El gran aporte de esta obra se aprecia en las bases que se sentaron para atribuir entidad propia a la intimidad argumentando la necesidad de proteger a la persona en tanto individuo frente a cualquier intromisión injustificada del poder público o de la prensa en su ámbito personal”*. GUERRERO PERALTA hace un examen de la evolución del derecho a la intimidad en su artículo “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal” expuesto en las xxxi Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, realizadas los días 19, 20 y 21 de agosto de 2009. Disponible en la red en el sitio [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3804274.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3804274.pdf)., consultado el 24 de agosto de 2015.

<sup>39</sup> Fue este un caso relacionado con escuchas telefónicas. En aquella ocasión la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió no aplicar la Cuarta Enmienda sobre la base de los siguientes argumentos: **i)** “[l]a policía no se ubicó en el contexto de una búsqueda de elementos materiales que requirieran una orden”, y **ii)** solo “se obtuvieron conversaciones de tal manera que ello no corresponde a un registro. Cfr. *Ibid.*”

*por el gobierno. El descubrimiento y la invención han hecho posible para el gobierno la revelación en los tribunales de lo que es susurrado en la oscuridad. El progreso de la ciencia en proporcionar al gobierno mecanismos de espionaje no es probable que finalice con la interceptación telefónica. Algún día podrán ser desarrollados métodos a través de los que el gobierno, sin remover papeles en cajones secretos, podrá reproducirlos en los tribunales y exponer ante un jurado los acontecimientos más íntimos del hogar. Avances en la física y ciencias afines generarán medios para examinar creencias, pensamientos y emociones no expresados”.*

Sin embargo, el núcleo duro del derecho a la intimidad personal existe y, al menos en el plano normativo, se encuentra compuesto por todos aquellos asuntos que tienen que ver con las relaciones personales, afectivas, familiares y de filiación; con las preferencias religiosas y convicciones morales, con las ideologías políticas; con las condiciones personales de salud e inclinaciones sexuales, así como con las comunicaciones personales, entre otras.

En ese orden de ideas, aunque el acceso a un cargo público implica severas restricciones en el ejercicio de algunos derechos, limitaciones estas –cabe subrayarlo nuevamente–, relacionadas con el interés público y democrático de los que se deriva el postulado de **publicidad y transparencia** ínsito a las actuaciones de quienes se desempeñan como servidores públicos, estos imperativos resultan inadmisibles cuando se desvían a terrenos propios de su intimidad; ámbitos que – se reitera– por carecer de relevancia pública y, democrática, deben quedar al margen de cualquier interferencia o afectación.

A lo anterior se agrega –para decirlo nuevamente– que si los servidores públicos no pueden renunciar a los derechos fundamentales ello obedece, entre otras cosas, a que una de las principales características de estos derechos es que **no son renunciables**–se destaca–. Cabe entonces preguntar ¿qué parte de la esfera privada e íntima de los servidores públicos es la que reviste interés para garantizar el escrutinio público y democrático y, al tiempo, materializar los postulados de transparencia y publicidad?

Es este un interrogante que no puede resolverse en abstracto con reglas absolutas al estilo de “todo o nada”. La respuesta pasa obligadamente por la necesidad de ponderar los intereses jurídicos en juego a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas. Eso sí, al ponderar habrá de tomarse en cuenta *“que las ‘personas públicas’ [asumen] para sí importantes limitaciones en sus derechos fundamentales que no pesan sobre el resto de los ciudadanos”*<sup>40</sup>, lo que impone enfrentar, desde el comienzo, ciertas desigualdades.

El interrogante que gravita en el centro de la cuestión es, de todas formas, la amplitud con que debe respetarse el derecho a la intimidad de quien ocupa un cargo público y si, pese a las intervenciones hasta cierto punto ineludibles, se conserva un núcleo frente al cual toda y cualquier interferencia debe retroceder, pues, admitirla, significaría, de suyo, renunciar al derecho, lo que, como se dijo, es imposible dados los rasgos significativos de los derechos fundamentales, tan vinculados a la noción de dignidad de la condición humana.

Justo en ese sentido, la doctrina nos recuerda que se *“trata, en definitiva, de afirmar rotundamente que quien gestiona el poder es también titular del derecho a la intimidad y que su protección es necesaria, o más bien, indispensable para su vida, de la misma forma que lo es para la del resto de los ciudadanos”*<sup>41</sup>. Desde luego, debe considerarse que *“[p]or muy legítima que sea la posición que el titular de un derecho tenga de los contornos del ámbito que delimitan su esfera privada, los derechos de la personalidad son derechos mediatizados por el contexto histórico y social en el que son ejercidos”*<sup>42</sup>. En el caso colombiano le ha correspondido a la jurisprudencia constitucional fijar los contornos de estos derechos. Para la fecha existen ya un conjunto de lineamientos importantes al respecto.

Sobre el sentido y alcance del derecho a la intimidad personal cabe citar el siguiente pronunciamiento en el que el alto tribunal da cuenta de la evolución jurisprudencial, los reparos que se han trazado a la manera como se protege el derecho a la intimidad personal y, lo que es más importante, cómo, pese a las objeciones que suele recibir la protección de la intimidad personal, en el caso

---

<sup>40</sup> Carolina GONZÁLEZ CIFUENTES, ob cit., p. 13.

<sup>41</sup> Carolina GONZÁLEZ CIFUENTES, ob. cit. p. 13.

<sup>42</sup> Ibíd. p. 32.

colombiano este derecho ha sido y continúa siendo interpretado como una magnitud fuertemente ligada con la dignidad de la condición humana, con la libertad y con la posibilidad de que las personas gocen de un espacio suficientemente salvaguardado de intrusiones injustificadas.

Esto es, una esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de particulares–, que les garantice su desarrollo libre, autónomo y singular<sup>43</sup>, para efectos de lo cual se ha reconocido que el amparo de este derecho se encuentra sustentado en cinco principios: libertad, finalidad, necesidad, veracidad e integridad, tal como se denota en los apartes citados en extenso a continuación – se destaca; se mantienen las notas a pie de página en el texto citado–:

*“Desde 1992, la Corte Constitucional reconoció el derecho a la intimidad como un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores<sup>44</sup>. Se dijo en ese entonces que se trataba de un derecho ‘general, absoluto, extra patrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer ‘erga omnes’, vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta (...)”<sup>45</sup>. Se afirmó también que la intimidad es ‘el espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto’<sup>46</sup>.*

*En 1995, se reiteró esta visión del derecho a la intimidad, cuando se afirmó que ‘... este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y*

---

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-640 de 2010.

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1992.

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1992.

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-53 de 1992.

*pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento e injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (...) Ese terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respeto a su identidad y privacidad personal<sup>47</sup>.*

*Así entendido, como derecho casi absoluto, la jurisprudencia constitucional parece haber adoptado, en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, y de su artículo 15 en particular –‘todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar... y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar’–, una visión del derecho a la intimidad cercana a la célebre formulación del magistrado norteamericano Louis Brandeis, de finales del S. XIX: ‘The right to be let alone’, es decir, el derecho a la intimidad como el derecho a estar solo, el derecho a la soledad.*

*Sin embargo, esta visión ha sido objeto de críticas, en varios sentidos: puede verse como un derecho arcaico y obsoleto, incompatible con la vida en sociedades urbanas, industrializadas, tecnificadas y proclives a los fenómenos de masas. Se ha dicho también que es un derecho de elite, creado para proteger los privilegios de las clases aristocráticas y privilegiadas, y muy asociado con la propiedad privada. En esta perspectiva, el derecho a la intimidad sería simplemente otro mecanismo jurídico para proteger la propiedad privada. Casi por definición, los desposeídos de bienes materiales no tendrían derecho a la intimidad, pues de ellos no se predica la existencia de una esfera de protección infranqueable, al carecer de bienes y recintos que garanticen físicamente ese derecho. Finalmente, se ha criticado también que esta aproximación absoluta hacia la intimidad, que protege el derecho al aislamiento o al ensimismamiento, es imposible de hacer valer jurídicamente, porque no se proyecta al exterior, y no plantea cuestiones en relación con los otros. El derecho, por definición, no podría entrometerse, ni*

---

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-261 de 1995.

*siquiera para protegerla, en la esfera inmune a la vida social de que trata el derecho a la intimidad, pues el derecho regula la vida en sociedad. El derecho a la intimidad sería justamente lo opuesto<sup>48</sup>.*

*Desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, estas críticas, interesantes desde el punto de vista teórico y analítico, carecen de validez o pertinencia. El derecho a la intimidad, junto con otros derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia, están concebidos para permitir a las personas fortalecer y desarrollar su condición de seres libres y autónomos, que es el presupuesto esencial del estado democrático. La individualidad del individuo, su posibilidad no siempre fácil de separarse del influjo de los otros o de la masa, de realizar las actividades que les son afines y no las que le sean impuestas, de reflexionar solitariamente, de optar por sus propias preferencias, y de llegar a sus propias conclusiones frente a los dilemas de la cotidianidad y de la política, en fin, la posibilidad de aislarse con frecuencia u ocasionalmente del mundo, es de lo que depende el que pueda convertirse en un sujeto de derechos y obligaciones, el que pueda ejercer las responsabilidades democráticas y participar en los procesos que forjan un estado social de derecho como lo es el colombiano. Sólo reconociendo la autonomía e individualidad de las personas, puede hablarse del ‘respeto a la dignidad humana’ que sirve de fundamento al estado colombiano, según el artículo 1º de la Constitución. La protección de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares–, como prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo, tiene que ser jurídicamente relevante, y lo es, a través de los mecanismos constitucionales de protección al derecho a la intimidad, los cuales no circunscriben su alcance a cierta clase social económica o ilustrada, sino que se extienden, como no podía ser de otra forma, a todas las personas amparadas por la Constitución’.*

(...)

---

<sup>48</sup> Para una buena síntesis de estas visiones críticas del derecho a la intimidad, pueden consultarse entre otros: Perez Luño, Antonio-Enrique, “El derecho a la intimidad”, en Constitución y derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pgs 639 y ss; Benda, Ernesto, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Manual de derecho constitucional. Marcial Pons, Madrid, 2001. Pgs 117 y ss.

Como suele suceder en la determinación de los alcances de un derecho fundamental, especialmente de aquellos que se definen por oposición al poder estatal, la cuestión constitucional esencial es la de la definición de los límites del derecho en cuestión. En 1998, la Corte sintetizó así el concepto de derecho a la intimidad, haciendo explícitos los criterios para admitir sobre él ciertas limitaciones:

*‘Reiteradamente esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, y al no ser un espacio que forme parte del dominio público, obedece al estricto interés de la persona titular del derecho y por consiguiente no puede ser invadido por los demás. Por esta razón, ese espacio personal y ontológico, sólo ‘puede ser objeto de limitaciones’ o de interferencias ‘en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1o. de la Constitución’. La jurisprudencia de la Corte Constitucional tal y como se ha dicho, ha señalado que el derecho a la intimidad es entonces, inalienable, imprescriptible y solo susceptible de limitación por razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente<sup>49</sup>.*

*Este criterio general, según el cual el derecho a la intimidad sólo puede ser objeto de limitaciones o interferencias por razones de ‘interés general’, ‘legítimas’, y ‘debidamente justificadas constitucionalmente’, fue objeto de un cuidadoso desarrollo jurisprudencial posterior. En la sentencia T-787/04, por ejemplo, se establecieron algunas reglas específicas sobre el particular, en los siguientes términos:*

*‘...Por consiguiente, una primera conclusión al estudio de la intimidad, permite fijar la siguiente regla: salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, que obliguen a las personas a revelar cierta información a partir de su reconocimiento o valoración como de importancia o relevancia pública; el resto de los datos que correspondan al dominio personal de un sujeto no pueden ser divulgados, a*

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 1998.

menos que el mismo individuo decida revelar autónomamente su acceso al público'.

Y más adelante se afirmó:

*'...Por consiguiente, una segunda conclusión al estudio de la intimidad, permite fijar la siguiente regla: El alcance del derecho a la intimidad de un sujeto, depende de los límites que se impongan a los demás, como exigencia básica de respeto y protección de la vida privada de una persona. La existencia del núcleo esencial de dicho derecho, exige que existan espacios medulares en donde la personalidad de los sujetos pueda extenderse en plena libertad, pues deben encontrarse excluidos del dominio público. En aquellos espacios la garantía de no ser observado (el derecho a ser dejado sólo) y de poder guardar silencio, se convierten en los pilares esenciales que permiten asegurar el goce efectivo del derecho a la intimidad'.*

*Finalmente, la citada sentencia T-787/04 recogió cinco principios que permiten determinar la legitimidad de la intervención pública en esferas de lo íntimo:*

*'...Son cinco los principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad, y sin los cuales, se perdería la correspondiente intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás. Ellos se clasifican y explican en los siguientes términos:*

*El **principio de libertad**, según el cual, los datos personales de un individuo, sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas.*

El **principio de finalidad**, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos su vida personal, sin un soporte en el Texto Constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad. (...)

De conformidad con el **principio de necesidad**, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo.

Adicionalmente, el **principio de veracidad**, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos.

Por último, el **principio de integridad**, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados.

El conjunto integrado de los citados principios, permite no solo garantizar el acceso legítimo a la información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación”.

En relación con la libre opción sexual en cuanto uno de los aspectos que forman parte del núcleo duro del derecho a la intimidad personal, ha dicho la Corte Constitucional<sup>50</sup>:

“Es indiscutible que dentro del fuero íntimo de las personas, se encuentra la libre opción sexual, que le permita a la persona escoger su compañero o compañera de vida para satisfacer sus necesidades más íntimas, dentro de un ámbito

---

<sup>50</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-787 de 2004.

*especialmente protegido por el derecho, sin que los terceros puedan entrometerse en dichas relaciones, mediante su difusión o divulgación a la sociedad. El que alguien decida tener relaciones sexuales con otra persona, no es un asunto que interese a la comunidad o que sea considerado por el derecho como de importancia pública”.*

Entonces, la opción sexual puede clasificarse, sin lugar a dudas, entre los datos de las personas que junto con la convivencia se encuentran en Colombia sujetos a total reserva. Se trata del denominado “*dato sensible*” expresamente excluido por la Corte Constitucional de aquellos que podrían servir para perseguir una finalidad constitucionalmente legítima. En tal sentido, ha dicho el alto tribunal que “*no puede recolectarse información sobre datos ‘sensibles’*” y ha enlistado entre esta categoría de datos “*la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación*”<sup>51</sup> –se destaca–.

Adicionalmente ha enfatizado la jurisprudencia que “*por versar ... sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular –dignidad, intimidad y libertad– se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones*”<sup>52</sup> –se destaca–.

---

<sup>51</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1999.

<sup>52</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-729 de 2002. En esa sentencia se estableció una tipología encaminada a “*clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma*”. La clasificación comprende las siguientes categorías: “*...la información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta. // Así, la información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno. // La información semi-privada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas. // La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio. // Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular –*

Como resalta de lo arriba expuesto, la ponderación en un caso como el que tuvo ocasión de examinar la Sala supone enfrentar varios aspectos. En primer lugar, el tratamiento hasta cierto punto desigual al que se exponen las personas cuando aceptan voluntariamente convertirse en servidores públicos y saben, de antemano, que por motivos relacionados con la defensa de aquellos bienes jurídicos que **i)** interesan a la comunidad; **ii)** contribuyen a materializar el principio democrático; **iii)** facilitan la rendición de cuentas y **iv)** permiten cumplir con los principios de publicidad y transparencia que le son ínsitos a la función pública, la protección del derecho a la intimidad personal puede, en ocasiones, retroceder, lo que no puede equipararse o hacerse equivalente con que los servidores públicos renuncien, por el hecho de serlo, a ser titulares del derecho a la intimidad personal y familiar.

Un segundo aspecto es que, tratándose del dato sensible, que constituye el núcleo duro o esencial del derecho a la intimidad, el mismo se encuentra expresamente excluido de los bienes que pueden justificar una finalidad constitucionalmente legítima en la ponderación de principios. Si ello es así, en el caso que examinó y resolvió la Sala no puede perderse de vista el sumo cuidado que se impone al juzgador, especialmente, en el momento de efectuar la valoración probatoria.

No es que el juez se encuentre maniatado para probar sino que, so pretexto de verificar la existencia del supuesto de hecho que ha de subsumirse bajo la norma aplicable –en el caso concreto la unión permanente prevista por el artículo 179.6 C.P.–, no puede valerse de y debe excluir todos aquellos medios probatorios que supongan un sesgo, prejuicio o criterio –como lo puede ser vb.gr. la opción sexual– con consecuencias injustificadamente discriminatorias y, en consecuencia, prohibidas desde el punto de vista constitucional y legal.

---

*dignidad, intimidad y libertad– se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados ‘datos sensibles’ o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc. //Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones: la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al habeas data. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información...”*

Sobre este extremo cabe advertir que todos los elementos de convicción aportados por el demandante –artículos de opinión, revistas de farándula, etc.– se valen de un sesgo, prejuicio o dato –la opción sexual– con efectos discriminatorios por lo que deben ser excluidos de plano. Por ello me aparto de la conclusión a la que llega la providencia que es del siguiente tenor:

*“[d]el recuento de pruebas se puede concluir... // 1. Que existe una relación sentimental y afectiva entre las Congresistas demandadas, tal como ellas mismas lo reconocen. // 2. Que dicha relación, no alcanza a tener las connotaciones de permanencia y de estabilidad de una unión marital de hecho. // 3. No existen pruebas que demuestren cohabitación permanente entre las demandadas bajo un mismo techo; por el contrario, hay pruebas que demuestran que la Senadora y la Representante fijaron sus residencias antes, durante y después de las elecciones al Congreso de la República en sitios distintos, pues al momento de sus inscripciones al Congreso la primera estudiaba en el exterior y la segunda ejercía como Concejal de la ciudad de Bogotá, y a partir de la campaña electoral cada una estableció su residencia en la misma ciudad, pero en lugares distintos, en las direcciones por ellas señaladas. // 4. Tampoco se demostró que tengan una comunidad de vida estable de forma continua e ininterrumpida, ni que a la fecha de las elecciones hubiesen tenido ese ánimo de solidaridad, colaboración y de ayuda mutua, como elementos propios de una unión marital de hecho, pues los únicos elementos de prueba del proceso sobre este aspecto indican que no existe tal colaboración de pareja ni de ayuda mutua, sí se observan las pólizas de seguro de vida y las listas de beneficiarios en seguridad social, suscritas por el representante demandada, en las cuales no aparece por ningún lao la senadora demandada como beneficiaria. // En resumen, agotado el análisis de pruebas aportadas al proceso, concluye la Sala que a pesar de que se probó la relación sentimental entre las dos demandadas, los demandantes en este proceso no lograron demostrar ningún elemento de una unión permanente o unión marital de hecho, ni siquiera se comprobó una convivencia efectiva entre la Senadora y la Representante antes, durante ni después de las elecciones al Congreso de la república para el periodo 2014-2018 y en consecuencia tampoco se acreditó la causal de pérdida de investidura alegada, lo que impone denegar las súplicas de la demanda”.*

Estimo, que a la Sala le estaba vedado tomar en cuenta los recortes de prensa allegados al expediente, toda vez que, al margen de que los mismos no son aptos para probar absolutamente nada en el caso examinado por la Sala, están edificados sobre un criterio sospechoso cuyo impacto en el caso que se examina resulta injustificadamente discriminatorio.

Entonces, las pruebas valoradas por la Sala se refieren a un dato sensible –la convivencia– y se edifican sobre otro dato sensible –la opción sexual– ambos asuntos protegidos por el ordenamiento jurídico al formar parte del núcleo duro o esencial del derecho a la intimidad personal de la que goza toda la ciudadanía y todos los servidores públicos sin excepción.

Arriba se indicó cómo la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en el sentido de establecer que el dato sensible está expresamente excluido de aquellos bienes jurídicamente protegidos que podrían servir para perseguir una finalidad constitucionalmente legítima –como, por ejemplo, probar que se estructuró el supuesto de hecho que da lugar a la inhabilidad establecida por el artículo 179.6 C.P.–.

También se mencionó cómo la Corte Constitucional ha sido clara en afirmar que está prohibido recolectar información sobre el dato sensible –vb.gr. la convivencia y la orientación sexual de las personas–, cuando ello *“directa o indirectamente puede traer consigo una política de discriminación o marginación”*<sup>53</sup>. Así pues, dado que el dato sensible recae sobre asuntos relacionados con la dignidad, la intimidad personal y la libertad y se encuentra ubicado *“en la órbita personalísima de sus titulares, esa información **no puede ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en cumplimiento de sus funciones**”*<sup>54</sup> –se destaca–.

De ahí que el carácter afectuoso y sentimental de la relación entre las congresistas demandadas que excluye la posibilidad de subsumir su caso bajo la causal de pérdida de investidura invocada por los demandantes, no pueda probarse mediante los elementos de convicción arrimados al proceso de la referencia, pues no solo se trata de probar un asunto que afecta su esfera

---

<sup>53</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1999.

<sup>54</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-729 de 2002.

personalísima en la que le está vedado al juez interferir –la convivencia–, sino que están edificadas sobre otro dato sensible: la opción sexual.

De este modo, pese a que la única prueba obrante en el expediente acerca del tipo de relación que tienen las demandadas es su propio dicho, la Sala tomó en consideración y le otorgó validez a medios de pruebas que se encuentran viciados por un sesgo o prejuicio. Y, se itera, el juez no tiene derecho a inmiscuirse en ese aspecto propio de la esfera más íntima de las personas que se reconoce, por igual, a los ciudadanos y servidores públicos sin excepción. Si lo hace, confunde lo público con lo *“íntimo de los servidores públicos”*.

Valga en este lugar recordar que recientemente la Sala Plena unificó su jurisprudencia para avanzar en lo relativo a las noticias periodísticas en cuanto medio de prueba. Como se sabe, en una primera etapa se dijo que esas noticias no valían como medio de convicción; posteriormente, se afirmó que valen, pero en conjunto con los demás medios de prueba allegados al plenario. Ahora, se afirma que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las noticias periodísticas pueden valer independientemente, en caso de hechos notorios y constituyen plena prueba cuando tienen que ver con servidores públicos.

Sin embargo, no puede perderse de vista que en el asunto concreto las pruebas aportadas por el demandante carecen de validez. Cabe decir, lo afirmado por los medios de comunicación en los artículos de prensa traídos al plenario por la parte actora, por más ampliamente divulgado que esté y, por más reiterado que aparezca, no puede ser tomado en cuenta por el juzgador, pues se encuentra sesgado y obedece a un criterio sospechoso –la opción sexual– que, dados sus efectos injustificadamente discriminatorios, se encuentra prohibido constitucional y legalmente.

En fin, debe considerarse que la prueba cuando tiene que ver con el núcleo duro del derecho a la intimidad personal ha de restringirse y, ello, justamente para que no abunden las demandas de pérdidas de investidura sustentadas en chismes de farándula que afectan de manera desproporcionada y arbitraria la esfera íntima

de las personas, les confiere un trato injustificadamente discriminatorio y, tratándose de servidores públicos, termina por confundir lo público con lo íntimo.

En mis decisiones y salvamentos de voto relativos al sentido y alcance de los distintos medios de prueba, he dado cuenta de la importancia que el juzgador debe otorgarle a todos y cada uno de ellos por formar parte integral del derecho constitucional fundamental de acceder a la justicia. Sin embargo, que ello sea así no quiere decir, simultáneamente, que pueda el juzgador valerse de instrumentos de convicción sustentados en sesgos, prejuicios o criterios sospechosos que producen tratos injustificadamente discriminatorios prohibidos constitucional y legalmente.

Considero, en efecto, que las noticias periodísticas prueban, eso no lo pongo en duda; pero, en el caso concreto, no prueban nada, porque no se puede dar credibilidad a los artículos de prensa donde los periodistas resuelven sostener que existe una relación afectiva porque se ha visto a dos congresistas juntas llegar a una posesión presidencial o porque las han fotografiado besándose. Itero: por edificarse en un dato sensible, para el efecto, la opción sexual, esta no puede ser prueba idónea para establecer que las congresistas se encuentran incursas o no en la inhabilidad establecida por el artículo 179.6 C.P.

Si en el proceso de la referencia pudo probarse algo, esto fue la existencia de una relación sentimental o afectiva entre las congresistas demandadas; pero no porque así se derive de los elementos de convicción aportados por la parte actora –pues, repito, en este caso le está vedado al juzgador tenerlos en cuenta– sino por los dichos de las demandadas que fueron confirmados mediante los elementos de convicción que ellas mismas aportaron y no fueron desvirtuados.

Brevemente: en este caso particular las informaciones periodísticas tienen un poder probatorio nulo, porque está de por medio el núcleo duro o esencial del derecho a la intimidad de las congresistas demandadas que debe predominar. Entonces no se puede considerar acreditada la existencia –ni siquiera la del nexo sentimental– por lo que los periodistas de farándula digan, ni por las fotografías que publiquen las revistas de opinión aludiendo a un dato sensible. Repito: ¡en el

asunto en concreto por estar edificados en un dato sensible estos elementos de convicción no prueban nada!

Recapitulando: en un Estado constitucional, social, democrático y pluralista de derecho resulta inadmisibles para el juzgador pretender interferir en el núcleo duro del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar –el denominado dato sensible– más allá de lo que los involucrados estén dispuestos a revelar de buena fe. La convivencia, junto con la opción sexual representa ese tipo de dato que en derecho a la intimidad personal determinan que los puede dar a conocer solamente el interesado. En suma, al juzgador le está vedado confundir lo público con lo íntimo de los servidores públicos.

¿Qué es en este caso lo público? Lo que en realidad las congresistas han expresado en público; lo público es que tienen una relación sentimental. Lo público es también la negación del *afecto maritalis*. Más allá de eso, no puede interferir el juzgador, porque estaría confundiendo lo público con lo íntimo de los servidores públicos demandados.

Desde luego, el objetivo de la inhabilidad es que se asegure la más amplia y democrática participación en las contiendas políticas en igualdad de condiciones; que en los partidos políticos no se generen clanes, familias y así se prevenga el nepotismo. No obstante, la persecución de este objetivo constitucionalmente legítimo encuentra su límite en el núcleo duro del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar –el dato sensible– de las personas que llegan a la contienda política. Por eso el juzgador debe evitar que lo público se equipare a lo íntimo de los servidores públicos.

Claro está, hay intimidades que son públicas porque no forman parte del dato sensible, vale decir de aquel en el que nadie puede entrar a menos que el titular del derecho lo permita. Insisto, en el asunto bajo examen lo público es lo que las congresistas han dicho, lo que han expresado, la forma como se han mostrado. Lo público es que admiten tener una relación afectiva y sentimental.

Bajo esa perspectiva, dado que no existe ningún elemento que permita concluir nada diferente, el dicho de las parlamentarias en el sentido de que no existe *afecto maritalis* –respaldado por las probanzas que aportaron al plenario y no desvirtuado– resulta suficiente para concluir que no se configuró la casual de pérdida de investidura invocada.

Lo expresado hasta este lugar ilustra los motivos que me llevaron a apartarme respetuosamente de la motivación que sirvió de sustento a la decisión en el asunto de la referencia, última que, como ya lo indiqué, comparto plenamente.

**FECHA UT SUPRA**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2014-02211-00(PI)SU y  
11001-03-15-000-2014-02770-00(PI)

**Demandado:** CLAUDIA LOPEZ HERNANDEZ Y ANGELICA LOZANO CORREA

**Referencia:** ACLARACION DE VOTO – HUGO FERNANDO BASTIDAS  
BARCENAS

#### **La paradoja de la protección de los derechos políticos de las parejas homosexuales**

En general, compartí las consideraciones expuestas en la sentencia de la referencia para denegar la solicitud de pérdida de investidura de las congresistas Claudia López Hernández y Angélica Lozano Correa, pues no se demostró la convivencia necesaria para considerar que la relación sentimental de las congresistas trascendió a una unión permanente. Y como eso fue así, se descartó la configuración de la inhabilidad del artículo 179-6 de la Constitución Política (CP), que prohíbe ser congresistas a quienes, para la fecha de la elección, estén vinculados “*por matrimonio, o unión permanente (...) y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo (político)*”.

No obstante, decidí aclarar el voto por dos razones:

1. Estoy de acuerdo con que la sentencia haya acogido la posición de las secciones segunda y tercera de esta Corporación, en torno a la protección de los derechos de las personas homosexuales que forman una pareja.

Estimo que la posición jurídica asumida en la sentencia de unificación está acorde con los mandatos convencionales y constitucionales —particularmente con los

artículos 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 13 y 42 de la Constitución Política—, al paso que reafirma la tesis jurisprudencial de que hoy en día la familia no solo se constituye por vínculos naturales y jurídicos, sino también por la voluntad libre y responsable de dos personas que deciden conformarla, como ocurre con las parejas homosexuales.

Y eso descarta que exista un vacío normativo que impida al juez proteger los derechos de las parejas homosexuales. Los principios de igualdad y de dignidad humana son un valioso referente para arribar a esa conclusión e impedir que esas personas sean sometidas a tratos discriminatorios. De hecho, no hay ninguna razón jurídica válida para no reconocer que ese tipo de uniones caben en el concepto de familia y que, al amparo del orden jurídico vigente, merecen protección, por tratarse de una minoría tradicionalmente discriminada.

Justamente es en ese escenario que la inhabilidad del artículo 179-6 CP debe interpretarse, esto es, en el entendido de que no pueden ser congresistas las personas que tienen un vínculo de unión permanente, nacido de una relación homosexual, que se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo político. Y, a mi juicio, esa interpretación acogida por la Sala Plena es un gran avance frente al reconocimiento y protección de los derechos políticos de las parejas homosexuales.

Empero, a pesar de ese razonamiento, en el sub lite, la pretensión de pérdida de investidura no prosperó porque no se demostró la convivencia de las congresistas, que es uno de los elementos para configurar la unión permanente. En efecto, aunque se probó que Claudia López Hernández y Angélica Lozano Correa tienen una relación sentimental (relación que ellas mismas han divulgado frente a la opinión pública) y que las dos se inscribieron por el Partido Alianza Verde para ser elegidas congresistas, lo cierto es que no se probó la cohabitación.

Es decir, faltó la prueba que demostrara la convivencia y el ánimo de tener comunidad de vida, continua e ininterrumpida y así poder catalogar como unión permanente la relación sentimental de las congresistas demandadas.

Paradójicamente la protección de los derechos políticos de las congresistas como pareja homosexual se hubiera materializado si la sentencia decretaba la pérdida de investidura porque eso suponía el reconocimiento de que las personas homosexuales son titulares tanto de derechos como de obligaciones. El Consejo de Estado habría fijado un importante precedente si concluía que las congresistas tienen derecho a ser elegidas y a no ser discriminadas por razón de la orientación sexual, pero que también están obligadas a observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas y, por tanto, no podían inscribirse ni resultar elegidas el mismo día por el mismo partido político.

Da la casualidad, que quitar la investidura de Claudia López Hernández y Angélica Lozano Correa, sobre la base de estar en unión permanente, hubiera significado una protección real y efectiva de los derechos políticos de los homosexuales.

**2.** Por otra parte, a partir del entendimiento ampliado del concepto familia, me surge el siguiente interrogante: ¿realmente será la convivencia un rasgo determinante al momento de hablar de unión permanente?

Me atrevo a responder que no. Por ejemplo, es perfectamente posible que existan relaciones sentimentales fundadas en el respeto, el amor, la solidaridad, la fidelidad, pero que por decisión autónoma no conviven bajo el mismo techo. Esa convivencia bajo un mismo techo no creo que sea requisito sine qua non para tener una pareja como familia.

O, en el caso de las conocidas familias disfuncionales, que es el término que se ha venido acuñando no solo para referirse a aquellas familias cuyo entorno está afectado por graves situaciones conflictivas o problemáticas, sino por aquellas que, a pesar de vivir en un mismo techo, no cumplen con el rol tradicional de la familia, es decir, con el de socorro, solidaridad y ayuda mutua, que son los rasgos más destacables del entorno familiar.

Ese tipo de situaciones obligan también a reflexionar sobre el requisito de convivencia para el caso de la unión permanente. En el primer caso, la unión

permanente estaría configurada y tendría plenos efectos jurídicos, a pesar de que la pareja homosexual o heterosexual decidió voluntariamente no cohabitar. En el segundo caso, en cambio, la cuestión no resulta ser tan fácil. A primera vista, habría que tener en cuenta que si bien existe convivencia continua e ininterrumpida, en realidad la convivencia no es pacífica ni tranquila, al punto que llegan a alterar la unidad familiar, que es lo que finalmente busca proteger el ordenamiento jurídico. De nada sirve que la pareja conviva si el entorno familiar está deteriorado y la convivencia resulta difícil.

En fin. No es claro que la convivencia sea determinante para calificar como unión permanente una relación homosexual o heterosexual.

Seguramente llegará el momento para examinar ese tipo de situaciones y de fijar una posición sobre el particular. Por ahora, baste decir que compartí las consideraciones de la sentencia de unificación, pues cierto es que la unión permanente de personas homosexuales puede llegar a configurar la causal de inhabilidad del artículo 179-6 CP, pero que aquí la pretensión no prosperó por falta de prueba del requisito cohabitación.

Son esas las razones de la aclaración de voto.

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2014-02211-00(PI)SU y  
11001-03-15-000-2014-02770-00(PI)

**Demandado:** CLAUDIA LOPEZ HERNANDEZ Y ANGELICA LOZANO CORREA

**Referencia:** ACLARACION DE VOTO – GERARDO ARENAS MONSALVE

He compartido en general las consideraciones como también la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el sentido de negar la solicitud de pérdida de investidura tramitada en contra de las congresistas Claudia López Hernández y Angélica Lozano Correa, dado que no se demostró en el caso de autos que las citadas congresistas hubieran incurrido en la violación al régimen de inhabilidades previsto en el numeral 6º del artículo 179 de la Constitución Política, norma que prohíbe ser congresistas a quienes estén vinculados entre sí *“por matrimonio o unión permanente...y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección...de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha”*.

No obstante, esta aclaración de voto tiene la finalidad de efectuar, desde mi perspectiva, algunas precisiones de importancia jurídica en torno a la noción constitucional de “familia” y a los efectos legales de los conceptos de “unión permanente” o “unión de hecho” y sus diferencias con el concepto de “unión marital de hecho”, por contraste con la noción de “matrimonio”.

Durante la discusión del proyecto de sentencia en la Sala, surgieron muchas opiniones en contra de la aplicación de la noción de “familia” al vínculo que surge entre parejas del mismo sexo. En la sentencia, finalmente, se consideró que existe en la Constitución Política una noción amplia de familia, en la que cabe claramente esa posibilidad, apreciación que igualmente comparto por las razones que expondré más ampliamente en esta aclaración de voto.

Debo señalar, en cambio, que discrepo de una cierta confusión en el lenguaje de la providencia con respecto a las nociones de “unión permanente” o “unión de hecho”, en relación con el concepto de “unión marital de hecho”, expresiones que

la sentencia utiliza indistintamente. En este texto explicaré lo que considero deben ser los alcances de esas expresiones y en qué consisten, a mi juicio, esas nociones. Estas diferencias de apreciación en nada inciden en el sentido de la providencia sobre la que aquí se aclara el voto y sólo tienen una finalidad de aporte conceptual sobre estos temas.

## **1. El concepto constitucional de familia**

La Constitución Política de 1991 (art. 42) señaló que la familia “es el núcleo fundamental de la sociedad” y como tal, dispuso diversos mecanismos para su protección. En primer término, señaló que esa protección integral corresponde al Estado y a la sociedad. En segundo lugar, señaló la inviolabilidad de “la honra, la dignidad y la intimidad de la familia”. De otro lado, fijó los criterios que deben presidir las relaciones familiares: la igualdad de derechos y deberes de la pareja, el respeto recíproco entre los integrantes de la familia, la proscripción de “cualquier forma de violencia en la familia”; también la igualdad de derechos y deberes de los hijos, con independencia de su procreación dentro o fuera del matrimonio, y también con igualdad respecto de si son “adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”. Otro de los pilares de la familia en la Constitución está conformado por el derecho de la pareja a decidir “libre y responsablemente el número de sus hijos”, aunque facultando a la ley para reglamentar “la progeneración responsable”; y por el deber de la pareja respecto de los hijos de “sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Finalmente, la norma constitucional que regula la familia se ocupa de regular algunos aspectos del matrimonio, los cuales se analizan más adelante.

Esta visión protectora y garantista de la familia como núcleo social se complementa con la noción de familia: para la Constitución Política, la familia “*se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*”. De estos enunciados se desprende que la protección constitucional a la familia se extiende a todas las modalidades de vínculo familiar que han surgido de la realidad social. Con otras palabras, son tan relevantes los criterios constitucionales de protección a la familia, que se procuró que esa protección se extendiera a todas las formas sociales de manifestación de la noción de familia.

La jurisprudencia constitucional, como lo sintetizó recientemente la Corte Constitucional (Sentencia C-257 de 2015) ha señalado que el concepto de familia

“está inserto en la sociedad, es dinámico y variado”, por lo cual debe ser protegida “independientemente de la forma en la que surge”. Recordó la Corte su jurisprudencia en torno a “los diferentes tipos de familias con hijos: las surgidas biológicamente, por adopción, por crianza, monoparentales, ensambladas, originadas por la unión de parejas del mismo sexo”, enfatizando que “todas ellas están amparadas por el mandato de protección integral establecido en el artículo 42 superior”.

De conformidad con el texto constitucional, son al menos tres, en consecuencia, las facetas o posibilidades que dan origen a relaciones de familia en la Constitución: La familia que surge de los vínculos naturales o jurídicos, la familia que surge del matrimonio y la familia que surge de la voluntad responsable de constituirla.

*a) La familia que surge de los vínculos naturales o jurídicos*

Los vínculos de parentesco, ya sean estos “naturales”, es decir, de la sangre (consanguinidad), o “jurídicos”, como los que surgen de la adopción y también del matrimonio (afinidad), son relevantes para el derecho en cuanto establecen derechos en protección a la familia (como los derechos y deberes entre padres e hijos, las obligaciones alimentarias o la prohibición de declarar contra los parientes) o también son la base de determinadas restricciones (como las prohibiciones del nepotismo o ventajas frente al acceso a cargos públicos).

Estos vínculos de familia, pueden dar lugar a unidades familiares conformadas bajo el mismo techo y como tales constituyen verdadera “familia” en términos constitucionales.

*b) La familia que surge del matrimonio: la compleja noción de matrimonio y sus garantías constitucionales*

El matrimonio ha sido tradicionalmente la fuente principal –sólo que no exclusiva- de la conformación de una familia. La regulación jurídica y los efectos del matrimonio han correspondido al derecho civil y dentro de éste al derecho de familia. En la Constitución (art. 42) se difiere a la ley civil lo relativo a “las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo”. Pero también la Constitución se ocupa de regular directamente algunos aspectos del matrimonio como los siguientes: la igualdad de los hijos “habidos en el matrimonio o fuera de

él”; la fijación de los efectos civiles de “los matrimonios religiosos” (sin limitarlos a una sola religión) y de conformidad con la ley; la cesación de los efectos civiles “de todo matrimonio” por el divorcio declarado conforme a la ley; y los efectos civiles de la nulidad de los matrimonios religiosos, igualmente conforme a la ley.

El concepto jurídico de matrimonio en la actualidad resulta bastante complejo. El Código Civil (art. 113) lo definió como “*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente*” y esa definición ha mantenido su vigencia. La Constitución también menciona (art. 42) que una de las maneras de constituir familia es “*por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio*”. La Corte Constitucional, al declarar exequible la definición de matrimonio del Código Civil (Sentencia C-577 de 2011) señaló que la referencia explícita de la Constitución al matrimonio heterosexual no implica necesariamente la prohibición de prever una institución que favorezca la familia homosexual, pero se abstuvo de hacer integración normativa expresa para la noción de matrimonio homosexual, por considerar que la regulación de esa figura debe provenir del legislador y no de la Corte como juez de constitucionalidad de las leyes. En síntesis, el tema del matrimonio entre parejas del mismo sexo se encuentra en plena evolución en el derecho colombiano.

*c) La familia que surge de “la voluntad responsable de conformarla”*

La Constitución alude también a una noción de familia que no surge del matrimonio como vínculo contractual formalmente celebrado, sino también a la que surge de la voluntad responsable de conformar una familia.

Es bien sabido que el monopolio de reconocimiento como “familia” a la que surge a partir de la conformación de la unión de la pareja que celebra formalmente el vínculo matrimonial, fue dando paso al reconocimiento de la realidad social de la “familia de hecho”, que surge sin acudir a la forma matrimonial, ya sea porque ese es el querer de la pareja o por imposibilidad legal de contraer matrimonio.

El reconocimiento institucional de esta modalidad de familia se produjo en Colombia en los últimos cincuenta años. La legislación de pensiones de los años setenta del siglo XX, reconoció el derecho a la sustitución pensional no sólo al “cónyuge supérstite” sino también a la “compañera permanente” del pensionado fallecido. Cabe recordar, igualmente, que fue el Consejo de Estado la corporación judicial pionera en los avances de la ampliación de la noción de “familia” a esa

modalidad de vínculo, al reconocer a una “concubina” –como se decía en la época- el derecho a la reparación directa por fallecimiento de su compañero, por conformar una verdadera familia: se trata de la famosa sentencia de la Sección Tercera del 29 de abril de 1980 con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango (Exp. 2506; actora Ana de Dios Ríos Osorio) en la que se hace un detallado estudio social y jurídico de la evolución de este importante tema.

Con la Carta Política de 1991 se efectúa el reconocimiento constitucional de esta modalidad de familia, que venía evolucionando desde las dos décadas anteriores. La Constitución reconoce que la noción de familia y la protección constitucional a la misma se extiende a la familia que surge sin vínculos formales y con la voluntad responsable de constituirla, con lo cual el elemento externo determinante de esa voluntad responsable de conformar una familia es la decisión de una pareja de convivir y apoyarse mutuamente. Con el tiempo, el reconocimiento de esta modalidad de familia se ha extendido a la conformada por parejas del mismo sexo.

## **2. La diferencia entre las nociones de “unión permanente” o “unión de hecho” y la institución de la “unión marital de hecho”**

De conformidad con todo lo expresado, la familia que surge, según el texto constitucional, de *la voluntad responsable de conformarla*, es la que se denomina, “unión permanente”, “unión de hecho”, “familia de hecho” u otras expresiones similares. Habrá este tipo de familia cuando hay un vínculo de pareja (de sexo distinto o del mismo sexo), en situación de convivencia, con o sin hijos, que se han unido con una finalidad de estabilidad y permanencia del vínculo afectivo que los une.

Como lo ha explicado también la jurisprudencia constitucional, entre las diversas formas de protección a la familia “puede mencionarse el amparo de su patrimonio”. Dado que el Código Civil no previó los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, inicialmente la Ley 54 de 1990 y posteriormente la Ley 979 de 2005 establecieron la figura de la “unión marital de hecho” para reconocer a las parejas en unión permanente o de hecho la posibilidad de que surja sociedad patrimonial entre ellos, en forma similar a la sociedad conyugal que surge en el matrimonio.

La “unión marital de hecho”, en consecuencia, se caracteriza por el hecho de que puede ser la fuente de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, cuando haya un mínimo tiempo de convivencia (2 años), cuando los dos miembros de la pareja no tienen impedimento legal para casarse, o si lo tienen, las

sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas. De conformidad con las citadas leyes, la unión marital de hecho puede declararse por acuerdo de los compañeros elevado a escritura pública, mediante acta ante centro de conciliación o por sentencia judicial. Desde luego, como también lo tiene definido la jurisprudencia constitucional, la figura de la unión marital de hecho es plenamente aplicable a las parejas del mismo sexo.

Conviene, en consecuencia, reservar la expresión “unión marital de hecho” a la formalización del vínculo de pareja que da lugar a la sociedad patrimonial entre ellos. Y debe clarificarse igualmente, que toda unión marital de hecho es una unión permanente o unión de hecho, que se ha formalizado en la forma indicada. Y que, a la inversa, no toda unión permanente o unión de hecho conforma unión marital de hecho, pero ello no puede significar que la unión permanente o de hecho carezca de protección constitucional: de lo que carece es de formalización para efectos patrimoniales.

En otros ámbitos del derecho, distintos del meramente patrimonial civil, por ejemplo el de la seguridad social, es claro que no se requiere la formalización de la “unión marital de hecho” para que una persona que ha estado en unión permanente tenga vocación de acceder a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su pareja fallecida. Tampoco se requiere esa formalización para ser beneficiario del sistema de salud, dado que basta la condición de compañero o compañera permanente. Así lo ha señalado la Corte Constitucional al concluir que en materia de unión marital de hecho, las exigencias legales para su formalización se justifican plenamente “dado el carácter estrictamente patrimonial de la regulación, que no incide en los derechos de las parejas en unión marital” (Sentencia C-257 de 2015).

### **3. Consideraciones finales**

Estas precisiones acerca de las distintas formas de familia, que son un tanto difusas en la sentencia en la cual se ha producido esta aclaración de voto, son de gran importancia para las conclusiones judiciales del caso que le dio origen a esta decisión.

En efecto, la inhabilidad que se predica de los congresistas vinculados por matrimonio, parentesco o “unión permanente” fue estudiada en forma correcta en la sentencia, precisando que esa inhabilidad, referida a quienes están en unión

permanente, es aplicable a las parejas del mismo sexo sin distinción alguna por ese aspecto.

Acertó también la sentencia en precisar, conforme al material probatorio recaudado, que no hay “unión permanente” sin el elemento de convivencia y el ánimo de permanencia de la misma, pese al reconocimiento explícito del vínculo afectivo existente entre las demandadas. Como ellas pudieron demostrar la ausencia de esos elementos en su relación, podía la sentencia concluir como lo hizo, que entre ellas no hubo, por la época de la inscripción de sus candidaturas para las elecciones al Congreso del año 2014, una “unión permanente” o “unión de hecho”.

No acertó, en cambio, y se equivocó flagrantemente la Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado en su intervención, pues pese a solicitar que no se decretara la pérdida de investidura, lo hizo con el argumento de que en Colombia sólo es posible predicar el matrimonio y la unión permanente exclusivamente entre parejas heterosexuales. Como se vio en este texto, es cierto que respecto del “matrimonio” como contrato e institución se halla en plena evolución en Colombia la aceptación de la figura respecto de las parejas del mismo sexo, y que aún no se ha institucionalizado dicha figura. Pero es totalmente equivocado afirmar, como lo hizo el Ministerio Público, que no puede haber “unión permanente” como modalidad digna de reconocimiento y protección, y también como fuente de restricciones del derecho público en el plano electoral, respecto de parejas del mismo sexo. La tesis de la Procuraduría extiende en forma arbitraria los alcances de la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional sobre la ausencia actual de “matrimonio” entre parejas del mismo sexo, a la figura de la “unión permanente”, donde sí hay reconocimiento expreso por parte de la Corte, incluso también para constituir formalmente “unión marital de hecho” para los fines patrimoniales que aquí se han expuesto. Pero de la ausencia de “unión marital de hecho” no se sigue que no pueda haber “unión permanente”; y ambas figuras son posibles, conforme a la jurisprudencia constitucional, entre parejas del mismo sexo.

Con otras palabras, lo que pasó en el caso de autos es que se demostró que no existió, en el vínculo afectivo de la pareja demandada, convivencia estable ni ánimo de conformarla, como acertadamente lo concluyó la sentencia. Por ello no existió “unión permanente” para los fines de la inhabilidad. Pero la Procuraduría dedujo la ausencia de “unión permanente” de una supuesta imposibilidad de reconocimiento de esa figura en términos constitucionales, lo que es totalmente

inexacto, en vez de haberla deducido de la realidad de la propia decisión de la pareja demandada.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2014-02211-00(PI)SU y  
11001-03-15-000-2014-02770-00(PI)

**Demandado: CLAUDIA LOPEZ HERNANDEZ Y ANGELICA LOZANO CORREA**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO – GUILLERMO SANCHEZ LUQUE**

Aunque comparto la decisión que se adopta en la providencia del 19 de agosto de 2015, que denegó las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura contra la Senadora Claudia López Hernández y la Representante a la Cámara Angélica Lozano Correa, al considerar que no se acreditó la configuración de la causal del numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política, me permito aclarar el voto en relación con algunas de las afirmaciones contenidas en dicho proveído.

En efecto, en la providencia se indica que la Sala Plena deberá “verificar si para esa época ellas [las demandadas] tenían o no la condición de compañeras permanentes” (f. 23), afirmación que concuerda con lo planteado por la parte actora al momento de solicitar la pérdida de investidura.

No obstante lo anterior, a renglón seguido, el fallo desvía su estudio y termina por acoger el planteamiento del Ministerio Público presentado en la audiencia del 19 de mayo de 2015, para analizar si “la causal que se invoca no puede aplicarse a las parejas homosexuales” (f. 12 y 13).

De manera que las consideraciones contenidas en el apartado No. 4 denominado “cuestión previa” (f. 23 a 37), constituyen un obiter dictum, toda vez que escapa a

las razones estrictamente relacionadas con el caso concreto y a los límites que debe tener todo juez al momento de desatar una controversia, esto es, resolver el problema jurídico.

En estos respetuosos términos, expongo mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**