

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 4 - giugno 2011

TECNICHE DI
INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE NEL
RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI DELLE
COPPIE OMOSESSUALI IN COLOMBIA

Irene Spigno

**TECNICHE DI INTERPRETAZIONE
COSTITUZIONALE NEL RICONOSCIMENTO DEI
DIRITTI DELLE COPPIE OMOSESSUALI IN
COLOMBIA**

Irene Spigno

*Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato
nell'Università di Siena*

In Colombia, il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali è il prodotto non di un esplicito riconoscimento legislativo, ma dell'elaborazione giurisprudenziale compiuta dalla Corte costituzionale, la quale ha progressivamente esteso molti dei diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali anche a quelle omosessuali, per poi da ultimo dichiarare l'illegittimità della definizione di matrimonio contenuta nel codice civile. Nell'ultimo decennio, infatti, il giudice costituzionale colombiano si è pronunciato in diverse occasioni con riferimento allo statuto giuridico e ai diritti delle coppie omosessuali, elaborando una dottrina costituzionale piuttosto avanzata, se analizzata nella prospettiva sia dello specifico contesto latino americano, che in quello internazionale. Ciò che colloca la Colombia in una posizione di avanguardia è rappresentato sia dai risultati ottenuti nella protezione dei diritti delle coppie omosessuali, che dall'argomentazione giuridica utilizzata dal giudice delle leggi, entrambi elementi analizzati nel presente articolo.

In Colombia the rights of homosexual couples are not the product of an explicit legislative recognition. However, they are the result of the Constitutional Court jurisprudence, which has gradually extended many of the rights accorded to heterosexual couples to homosexual ones. During the last two decades, the Colombian constitutional judge has

developed a high quality doctrine towards the increasing recognition of gay couples' rights together with the advancement of their legal status. The constitutional case law on same-sex couples provides a full set of rights that put Colombia in a very advanced position especially within the specific Latin America context as well as, in a wider perspective, in the international one. The elements that put Colombia in a leading position are represented by the advances obtained in the protection of homosexual couples' rights as well as by the legal reasoning and interpretative techniques used by the constitutional judge, both of which are discussed in this article.

Sommario

1. Una breve premessa
2. La famiglia nell'ordinamento costituzionale colombiano
3. La prospettiva individuale della tutela dei diritti delle persone omosessuali
4. Il primo riconoscimento dei diritti patrimoniali delle coppie omosessuali: la sentenza C-075 del 2007
5. Le sentenze successive in attesa della pronuncia sul matrimonio omosessuale
6. L'ultima parola della Corte: la sentenza C-577 del 2011
7. Considerazioni conclusive

1. Una breve premessa

Il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali in Colombia è stato l'oggetto di una vivace evoluzione ad opera della Corte costituzionale, il cui studio, oltre a focalizzarsi sull'analisi delle decisioni più rilevanti, non può prescindere dalla considerazione dello specifico contesto storico e sociale di riferimento. La società colombiana è stata caratterizzata per lungo tempo da gravi discriminazioni sia nei confronti delle donne – e tale circostanza giustifica molte delle disposizioni che a livello costituzionale e legislativo sono dirette alla protezione del genere femminile – che degli omosessuali. Il codice penale del 1936 considerava l'omosessualità come un reato; tale disposizione è stata poi abrogata nel 1980 e soltanto a partire dal 2001 l'orientamento sessuale ha cominciato ad essere considerato come elemento qualificativo della discriminazione.

Rilevante ai fini dell'indagine che si propone con il presente contributo è anche l'analisi dello specifico contesto costituzionale colombiano e, in particolare, del ruolo svolto all'interno del sistema dalla Corte costituzionale. L'attuale Costituzione è entrata in vigore nel 1991 e nonostante la Colombia possa vantare una risalente tradizione del controllo di costituzionalità delle leggi¹, solo con il nuovo testo è stata istituita una Corte costituzionale e sono stati costituzionalizzati differenti tipi di ricorsi e azioni volti alla protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione stessa.

La giustizia costituzionale colombiana prevede un sistema misto, con meccanismi tipici del modello accentrato e di

¹ Già nel secolo XIX l'ordinamento colombiano vantava la presenza di diversi strumenti che caratterizzavano un sistema di giustizia costituzionale agli albori. A tale proposito si vedano URIBE VARGAS, *Las constituciones de Colombia: historia, crítica y textos*, Madrid, 1977, vol. I, 309 ss. e GAONA CRUZ, *Control y reforma de la Constitución en Colombia*, Bogotá, 1988, vol. II, 78 ss.

quello diffuso e coinvolge, nell'espletamento di tale compito, sia il giudice costituzionale, che tutti gli altri giudici². Ciononostante, si deve riconoscere una netta prevalenza degli elementi propri del modello accentrato. La competenza del giudice costituzionale deriva in via generale dall'art. 241 della Costituzione del 1991, il quale attribuisce alla Corte il compito di tutelarne l'integrità e la supremazia³. Diversi sono gli strumenti mediante i quali la Corte esercita tale funzione⁴, ma data la natura del presente

² Si vedano BREWER-CARÍAS, *El Sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995 e GAONA CRUZ, *El control de la constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el Derecho Comparado*, in *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. VII 1984-1985, *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Caracas, 1986, 39-114.

³ Il Capitolo 4 del Titolo VIII della Costituzione del 1991 si occupa della giurisdizione costituzionale istituendo una specifica Corte costituzionale, composta da nove magistrati eletti dal Senato della Repubblica per singoli periodi di otto anni, scelti nell'ambito di terne presentate dal Presidente della Repubblica, dal Consiglio di Stato e dalla Corte suprema di giustizia.

⁴ Per uno studio completo sul funzionamento della Corte costituzionale colombiana e più in generale sulla giurisdizione costituzionale, si veda CIFUENTES MUÑOZ, *Jurisdicción Constitucional en Colombia*, in *Ius Et Praxis*, num. 8.1, 2002, 283-317. La Costituzione riconosce il diritto di ogni cittadino di presentare azioni pubbliche in difesa della Costituzione stessa e della legge. Si tratta di un corollario del diritto di partecipazione nella formazione, esercizio e controllo del potere politico ed è indicativo dei diversi strumenti o azioni che si possono esercitare contro quegli atti giuridici che violano le disposizioni della Costituzione e i suoi principi fondamentali. In particolare sono tre gli strumenti previsti dalla Costituzione colombiana: l'azione pubblica di incostituzionalità (prevista dall'art. 241 ss. della Costituzione), l'azione di nullità per incostituzionalità (ex art. 237.2 Cost.) e l'azione di tutela (di cui all'art. 86 Cost.). Inoltre, anche se non è considerata come un tipo di ricorso di incostituzionalità, vi è l'eccezione di incostituzionalità, che costituisce comunque un corollario del complessivo impianto di protezione della supremazia della Costituzione. In realtà, queste non sono le uniche modalità previste dalla Costituzione per esercitare il controllo di costituzionalità, posto che sono previsti anche altri strumenti tra i quali la revisione automatica di determinati decreti e leggi e l'esame delle *objeciones presidenciales* (art. 167). Anche i

lavoro si offriranno solo alcune indicazioni strettamente correlate ai meccanismi utilizzati dal giudice costituzionale nell'attività interpretativa in materia di diritti delle coppie omosessuali, il cui progressivo riconoscimento è stato sviluppato dall'alto tribunale mediante pronunce espresse nell'ambito sia dell'*acción de tutela*⁵ (meccanismo previsto dall'art. 86 della Costituzione), che dell'*acción pública de inconstitucionalidad*⁶ (ex art. 241 della Carta fondamentale).

Come si approfondirà nel proseguo della trattazione, la giurisprudenza costituzionale colombiana si avvale di un arsenale interpretativo che si caratterizza sia per la preferenza per un'interpretazione letterale del testo costituzionale, prevalente nella prima fase della sua attività, che di un approccio evolutivo che, come si vedrà, spinge la Corte a leggere il dettato costituzionale adeguandolo ai mutamenti sociali e culturali.

Inoltre, una delle tecniche interpretative maggiormente utilizzate dalla Corte costituzionale, sin dall'inizio della sua attività, richiama la dottrina francese del *bloc de constitutionnalité*⁷, in particolare per quanto riguarda il

tribunali amministrativi hanno una seppur limitata competenza costituzionale, in quanto devono occuparsi di risolvere le *objeciones* presentate dai governatori contro i progetti di ordinanze dettati dalle *Asambleas Departamentales* e sulla costituzionalità delle autorità locali (artt. 305.9 e 10 della Costituzione).

⁵ La *acción de tutela* è un meccanismo previsto dalla Costituzione nell'ambito del quale la Corte si occupa di casi già decisi dai giudici inferiori nei quali si lamenta la violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato o, in alcuni casi, da parte degli individui. Le sentenze pronunciate nell'ambito di tale procedimento sono identificate con la lettera "T".

⁶ A differenza della *acción de tutela*, quella di *inconstitucionalidad* esprime un controllo di tipo astratto nel quale l'argomentazione giudiziale si concentra sulla compatibilità astratta tra una disposizione legislativa e la Costituzione. Le sentenze sono indicate con la lettera "C".

⁷ La Corte costituzionale con sentenza del 18 maggio 1995, con riferimento al controllo automatico di costituzionalità del II Protocollo

diritto internazionale pubblico. La Corte decise di avvalersi di tale tecnica per conciliare il principio della supremazia costituzionale⁸ con quello della supremazia del diritto internazionale (previsto dall'art. 93.1 della Costituzione). Il suo utilizzo ha caratterizzato l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale con riferimento all'implementazione dei diritti fondamentali, riconoscendo progressivamente l'universalità dei valori e dei principi consacrati nel testo costituzionale, i quali appartengono alla persona in quanto tale e hanno come funzione quella di assicurare la permanenza e l'obbligatorietà del contenuto della Costituzione⁹.

aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali e della relativa legge di esecuzione (*ley* 171 del 16 dicembre 1994), "trapiantò" nel sistema giuridico colombiano, senza alcuna sfumatura o adattamento, la teoria francese del *bloc de constitutionnalité*, affermando che l'unico significato ragionevole che si può attribuire all'idea della prevalenza dei trattati internazionali in materia di diritti umani è che questi formino, unitamente al resto del testo costituzionale un "*bloque de constitucionalidad*" il cui rispetto si impone per legge. Per un approfondimento dell'utilizzo del *bloque de constitucionalidad* da parte del giudice costituzionale colombiano si vedano UPRIMNY YEPES, *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*", in O'DONELL (a cura di), *Compilación de instrumentos internacionales: derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Bogotá, 2007 e ARANGO OLAYA, *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, in *Revista Precedente*, 2006, 79-102.

⁸ In questo senso è la decisione della Corte costituzionale colombiana T-406 del 5 giugno 1992. Secondo il sistema della fonti colombiano, la Costituzione occupa una posizione prevalente, essendo il principio della supremazia costituzionale espressamente sancito nell'art. 4 della Costituzione.

⁹ Così la sentenza della Corte costituzionale C-574 del 1992.

2. La famiglia nell'ordinamento costituzionale colombiano

L'entrata in vigore della Costituzione del 1991 ha rappresentato un'importante trasformazione del sistema giuridico colombiano, sia in generale, che per quanto riguarda il concetto di famiglia e i diritti a questa collegati. Infatti, contrariamente al passato, il testo costituzionale non è più considerato come un catalogo meramente enunciativo di diritti la cui efficacia sarebbe derivata e collegata al successivo sviluppo legislativo, ma ha assunto il ruolo di documento giuridico-politico che, oltre a dettare le regole fondamentali per il funzionamento della struttura istituzionale dello Stato, ha previsto anche una carta inclusiva di diritti, doveri e garanzie, con immediata efficacia precettiva, che non necessita di una specifica attuazione legislativa. L'efficacia diretta delle norme costituzionali, derivante sia da una loro più dettagliata formulazione, che da un'interpretazione in tal senso operata dalla Corte, ha consentito al giudice delle leggi di svolgere un ruolo fondamentale nell'implementazione dei diritti ivi riconosciuti.

Una grande rilevanza è attribuita dall'ordinamento colombiano alla famiglia, in quanto istituzione che, per il suo carattere di entità sociale che si adegua ai cambiamenti storici, politici ed economici, costituisce il nucleo della società. Diversi sono i riferimenti contenuti nel testo costituzionale: l'art. 5, tra i principi fondamentali, sottolinea il carattere di istituzione fondamentale della famiglia nell'ambito della società colombiana. In combinato disposto con tale norma deve essere letto il divieto di discriminazione per motivi di sesso, razza, origine nazionale o familiare, lingua, religione, opinione politica o filosofica, il quale si accompagna ad uno specifico mandato rivolto al legislatore affinché promuova le condizioni per un'eguaglianza che sia reale ed effettiva, anche mediante l'adozione di misure a favore di gruppi discriminati o emarginati (secondo quanto previsto dall'art. 13 Cost.). Più

nello specifico, gli artt. 15 e 28 riconoscono rispettivamente il diritto all'intimità familiare e quello alla libertà personale e familiare, mentre l'art. 42, inserito nella parte dei diritti economici, sociali e culturali, disciplina nel dettaglio le caratteristiche del matrimonio e dello stato civile, indicando anche i doveri e le obbligazioni della famiglia¹⁰.

Le norme costituzionali non costituiscono l'unico referente normativo della protezione della famiglia nell'ordinamento colombiano: difatti, numerose sono anche le convenzioni internazionali sottoscritte¹¹ e gli interventi del legislatore ordinario¹². Di rilevanza fondamentale è anche l'interpretazione fornita dal giudice costituzionale il quale, nell'esercizio della sua funzione di controllo e di rispetto della Costituzione¹³, si è pronunciato in diverse occasioni

¹⁰ La Costituzione colombiana riconosce la famiglia come il nucleo fondamentale della società, sottolineando come sia formata grazie alla libera decisione di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio o di costituirla in altro modo (art. 42 Cost.).

¹¹ Tra le numerose convenzioni si segnalano: la Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne, adottata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati Americani a Belém do Pará, Brasile, il 9 giugno 1994 e ratificata con la legge 248 del 1995; la Convenzione dell'Aia del 29 maggio 1993 sulla tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, ratificata con la legge 265 del 1996; la Convenzione interamericana di Montevideo del 15 luglio 1989 sulle obbligazioni alimentari, ratificata con la legge 319 del 1996; il Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del fanciullo, relativo alla partecipazione di fanciulli a conflitti armati, concluso a New York il 25 maggio 2000 e ratificato con la legge 765 del 2002.

¹² Per un'analisi critica delle disposizioni legislative in materia di diritto di famiglia si veda GUÍO CAMARGO, *El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, in *Studiositas*, vol. 4.3, 2009, 65-81.

¹³ Nonostante la Costituzione colombiana attribuisca al giudice costituzionale la competenza del controllo di costituzionalità delle leggi, l'art. 25 del codice civile prevede che l'interpretazione di quelle leggi considerate come «oscure» rientri tra le attribuzioni esclusive del legislatore (sulla concorrenza e le distinzioni tra giudizio di costituzionalità e l'adozione di leggi interpretative, si veda la sentenza della Corte costituzionale C-820 del 4 ottobre 2006).

con riferimento alla protezione della famiglia e dei suoi componenti, concentrandosi in particolare sulla tutela delle coppie di fatto, sulla posizione della donna nell'ambito familiare¹⁴, sui bambini. e sulla loro educazione¹⁵ e, per quello che qui maggiormente interessa, sulle coppie omosessuali.

Così, per quanto concerne la protezione delle coppie di fatto, la Corte costituzionale ha affermato che non sarebbe né ragionevole né proporzionato, secondo il combinato disposto degli articoli 5, 13 e 42 della Costituzione, prevedere un trattamento differenziato tra coppie sposate e quelle di fatto. Tale diversità, basandosi sull'origine del vincolo familiare, sarebbe discriminatoria posto che la Costituzione riconosce l'eguaglianza tra le famiglie che sono formate secondo «*vínculos naturales*» (e quindi le coppie di fatto) e quelle unite invece da «*vínculos jurídicos*» (matrimonio). Secondo la Corte, però, *eguaglianza* non equivale a *identità*, sottolineando così la persistenza di differenza tra il matrimonio e l'unione di fatto¹⁶.

Ciononostante, la Corte ha progressivamente garantito una tutela ampia del nucleo familiare genericamente inteso (formato quindi anche al di fuori del matrimonio), in particolare con riferimento a benefici in materia di assistenza sanitaria¹⁷ e di eredità¹⁸.

¹⁴ A tale proposito si vedano le pronunce della Corte C-034 del 27 gennaio 1999 e 092 del 2008.

¹⁵ Si veda l'ordinanza della Corte costituzionale n. 147 del 5 agosto 2003, nella quale il giudice delle leggi ha sottolineato come qualunque limitazione imposta dai genitori allo sviluppo della personalità dei propri figli deve avere come unico obiettivo la protezione dei loro diritti. Così, al fine di garantire lo sviluppo completo della loro personalità, i bambini sono riconosciuti titolari del diritto ad avere una famiglia e a non essere separati da quella, all'identità personale e familiare e a mantenere relazioni con tutti i membri della famiglia stessa.

¹⁶ In questo senso si vedano le sentenze della Corte costituzionale C-1033 del 27 novembre 2002 e C-016 del 20 gennaio 2004.

¹⁷ Analogamente la Corte ha affermato che il diritto all'eguaglianza e al libero sviluppo della personalità risultano violati quando si perdono i

3. La prospettiva individuale della tutela dei diritti delle persone omosessuali

Il cammino compiuto dalla Corte costituzionale colombiana nel progressivo riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali si è accompagnato al passaggio dalla preferenza per l'utilizzo di un approccio interpretativo del concetto di famiglia, tendenzialmente originalista, legato al testo della Costituzione e alla volontà del costituente, verso uno più progressista ed evolutivo.

In realtà, se da un lato la famiglia è stata interpretata dalla Corte secondo un approccio strettamente legato al testo della Costituzione, dall'altro il diritto del singolo al libero sviluppo della personalità (riconosciuto dall'art. 16 della Costituzione) è stato protagonista di un'interpretazione costituzionale fedele al mutamento sociale¹⁹. È infatti a partire dal 1993 che il giudice costituzionale, rilevando le evoluzioni e le esigenze della società colombiana, ha attribuito una grande importanza alla prospettiva individuale della personalità, autorizzando per la prima

benefici relativi al sistema sanitario per aver costituito una seconda famiglia: infatti ciò non implica automaticamente l'indipendenza economica del beneficiario (Corte costituzionale, sentenza C – 029 del 26 gennaio 2006).

¹⁸ Si veda la sentenza C-101 dell'8 febbraio 2005, nella quale si afferma il diritto all'autodeterminazione dell'individuo. Tale tutela poggia sull'equiparazione sostanziale tra i due tipi di nuclei familiari, rivestendo la famiglia, intesa come unione tra un uomo e una donna anche al di fuori del vincolo matrimoniale, un ruolo centrale nella società. Si veda a tale proposito la sentenza della Corte costituzionale C-059 del 1 febbraio 2005, nella quale il giudice costituzionale ha fatto leva proprio su tale ruolo per giustificare l'utilizzo di misure alternative e complementari allo strumento penale nei casi di abuso e violenza domestica, al fine di garantire sia la protezione dell'integrità della famiglia, che la sua partecipazione nella società.

¹⁹ L'articolo 16 della Costituzione colombiana stabilisce che «*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*».

volta il cambio di nome da maschile a femminile, sulla base della considerazione che ogni persona ha le proprie convinzioni essendo titolare della capacità di autodeterminare i propri pensieri e azioni²⁰.

In una delle prime sentenze in materia, la Corte ha affermato l'esistenza di un interesse giuridicamente qualificato delle persone omosessuali, basandosi su argomentazioni giuridiche che rinvenivano il loro fondamento in un'analisi dello sviluppo storico e filosofico dell'etimologia di concetti quali la tolleranza, l'eguaglianza e il rispetto. Conformemente a tale approccio, qualunque tipo di discriminazione basata sull'orientamento sessuale doveva essere considerata incostituzionale, in quanto vietata dal diritto internazionale, dalla giurisprudenza costituzionale e dall'art. 13 della Costituzione stessa²¹.

Così, la Corte nelle prime pronunce in materia di diritti delle persone omosessuali, ha fatto leva sull'utilizzo di elementi extragiuridici per fornire un'interpretazione ampia ed evolutiva del principio d'eguaglianza, estendendo il dovere costituzionalmente previsto di impedire qualunque tipo di discriminazione anche a situazioni giuridiche non esplicitamente comprese nel dettato costituzionale. Il primo

²⁰ Sentenza della Corte costituzionale T-594 del 1993, in occasione della quale la Corte aveva riconosciuto la singolarità di ogni persona, determinando anche le modalità secondo le quali tale diritto doveva essere rispettato.

²¹ In questo senso è la sentenza T- 539 del 1994: secondo la Corte «*los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales.(...) Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. (...) En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual*».

approccio del giudice costituzionale nei confronti dei diritti degli omosessuali si appoggiava quindi al diritto del singolo a scegliere liberamente il proprio orientamento sessuale, facendo leva su una retorica negativa della discriminazione, limitatamente peraltro a singoli settori come l'educazione scolastica o il lavoro²².

A partire dalla sentenza C-098 del 1996, la Corte è stata chiamata ad occuparsi dei diritti degli omosessuali in quanto coppie. Il caso era stato portato all'attenzione della Corte mediante un'azione pubblica di incostituzionalità sugli artt. 1 e 2 della legge 54 del 1990. Tale legge disciplina le unioni di fatto e ne definisce il regime patrimoniale, limitandone l'applicazione solo alle coppie formate da persone di sesso diverso. Confermando la costituzionalità della normativa impugnata, la Corte aveva motivato la propria decisione considerando che la volontà del legislatore era quella di garantire il benessere della famiglia (inteso come unione di un uomo e una donna secondo quanto previsto dall'art. 42 Cost.) e di proteggere la donna, in quanto storicamente discriminata nell'ambito delle relazioni familiari e di coppia.

²² Così, il giudice costituzionale ha affermato l'incostituzionalità dell'espulsione di uno studente da un istituto scolastico per motivazioni legate alla propria condizione sessuale (sent. C-098-1996), ha escluso che l'essere omosessuale potesse essere considerato come la causa di cattiva condotta e di gravi mancanze di carattere disciplinare nell'ambiente lavorativo (sent. T-808 del 2003), garantendo infine la protezione alle persone omosessuali che si trovano in una situazione di privazione della libertà personale in carcere (sent. T-1096 del 2004). In particolare, con riferimento alla questione delle carceri, la Costituzione colombiana riconosce e protegge la diversità sessuale e la sua manifestazione pubblica, considerandole come lo sviluppo della sessualità dell'essere umano fondato sui diritti fondamentali di eguaglianza, intimità e libero sviluppo della personalità (sent. T-499 de 2003). Allo stesso modo la Corte richiamò l'attenzione dei direttori dei centri carcerari richiedendogli che si attivassero per proteggere e rispettare la libertà sessuale dei membri della comunità carceraria (sent. T- 848 del 2005).

L'argomentazione logico-giuridica utilizzata dalla Corte nel sottolineare la differenza tra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, faceva leva su un'interpretazione letterale del testo costituzionale e in particolare degli artt. 42 e 43, i quali nell'indicare le modalità con cui creare una famiglia la limitano a "*la mujer y el hombre*".

Secondo la Corte, la legge 54 nel garantire "*protección integral*" solamente alle coppie eterosessuali attuava correttamente il disposto costituzionale, essendo queste ultime le uniche potenzialmente idonee a formare una famiglia e in quanto tali oggetto necessario della protezione ivi prevista, diversamente da quelle omosessuali.

Il giudice costituzionale richiama i lavori dell'Assemblea Costituente, durante i quali si era sottolineato la necessità di disciplinare le coppie di fatto interpretando una necessità emergente nella società colombiana, la quale ha assistito a partire dal 1900 ad un incremento delle convivenze di fatto, ricollegando tale dato ad un cambio di mentalità e al mutamento delle condizioni sociali ed economiche. Attraverso il richiamo alla volontà del costituente e del legislatore del 1990, come emerge dal testo della Costituzione e della normativa impugnata, nonché come visto da elementi ulteriori, la Corte si è avvalsa dell'argomento storico per giustificare la differenza di trattamento prevista per le coppie eterosessuali e quelle omosessuali.

L'utilizzo di un approccio interpretativo legato al testo della Costituzione per escludere la possibilità di equiparare le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, ha spinto la Corte a pronunciarsi, fino al 2007, a favore dei diritti degli omosessuali solamente nei casi in cui veniva in rilievo una qualche forma di discriminazione individuale – diretta ed esplicita – basata sull'orientamento sessuale. Al contrario, il giudice costituzionale ha negato l'incostituzionalità di tutte quelle misure legislative che rappresentavano una discriminazione indiretta, escludendo l'estensione di

specifiche misure legislative previste, invece, per le coppie eterosessuali²³.

Nella dottrina costituzionale elaborata a partire dal 1996, ha dominato un'idea tradizionale di famiglia: la famiglia è quella "naturale", capace di procreare e, quindi, formata da un uomo e una donna. Evidente è l'analogia tra la prima fase della giurisprudenza colombiana e l'argomentazione sviluppata dalla Corte costituzionale italiana che, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sulle norme del codice civile che limitano il matrimonio alle coppie eterosessuali, ha ritenuto che tale normativa non dà luogo ad una discriminazione irragionevole «(...) in quanto le unioni omosessuali *non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*»²⁴.

²³ Il concetto tradizionale di famiglia come istituzione fondata sull'unione di un uomo e una donna è stata utilizzato dalla Corte anche per giustificare il diniego dell'inserimento, nel sistema di sicurezza sociale, quale beneficiario, del compagno del titolare di un contratto assicurativo, in quanto dello stesso sesso (sentenza SU-623 del 2001). Nel caso di specie, il ricorrente lamentava la violazione del diritto alla salute, alla sicurezza sociale e al libero sviluppo della personalità. In tale occasione si pronunciò la *Sala Plena* della Corte, la quale concluse che non vi era discriminazione con riferimento alle coppie omosessuali nell'ambito del sistema di sicurezza sociale colombiano per il fatto di essere escluse dall'accesso ad un diritto invece legislativamente previsto per le coppie eterosessuali. Conseguentemente, dichiarò il beneficio di accesso alla sicurezza sociale una prerogativa che non obbligava il legislatore a riconoscerlo come un diritto. Il giudice costituzionale, ancora una volta, ha sottolineato che le coppie omosessuali, nonostante la situazione di inferiorità e di disagio sociale vissuta dalla comunità omosessuale in Colombia, non potevano essere considerate come una famiglia e di conseguenza l'omissione legislativa non era discriminatoria e non violava i diritti fondamentali indicati dal ricorrente, non potendo imporsi al legislatore il compimento di atti per attribuirgli determinati benefici sociali, invece riconosciuti alle coppie eterosessuali.

²⁴ Cfr. sentenza Corte costituzionale italiana 138 del 2010 e in particolare, per quanto riguarda le tecniche argomentative utilizzate si veda MASSA PINTO, TRIPODINA, «*Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*». *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Diritto Pubblico*, 1-2/2010, 471-494. Corsivo di chi scrive.

La preferenza del giudice colombiano per un'interpretazione tradizionale del concetto di famiglia è stata confermata anche in una successiva decisione della Corte, resa nell'ambito di un'azione pubblica di incostituzionalità, avente ad oggetto una disposizione del *Código del Menor*. Tale norma stabiliva come requisito per l'adozione di un minore che la coppia adottante fosse formata da un uomo e una donna²⁵. La *Sala Plena* della Corte, considerando che l'adozione è un istituto giuridico che deriva dal dovere di protezione costituzionale della famiglia e che una coppia formata da persone dello stesso sesso non costituisce una "famiglia", concluse nel senso che esso rappresenta una prerogativa legittima esclusiva delle coppie eterosessuali. La disposizione impugnata non doveva quindi considerarsi discriminatoria, essendo la differenza di trattamento legittima in quanto distingueva due gruppi sostanzialmente differenti: la famiglia tradizionale, quella eterosessuale, e la coppia omosessuale²⁶. Tale orientamento della Corte è stato ribadito anche in alcune sentenze successive, nelle quali l'elemento comune è rappresentato dal richiamo alla *ratio legis*²⁷.

²⁵ Si tratta della sentenza C-814 del 2001.

²⁶ Né la sentenza SU-623 cit., , né la C-814 cit. furono assunte all'unanimità del collegio giudicante. A tale proposito si veda LEMAITRE, *Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso*, in BONILLA MALDONADO, *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Universidad de los Andes, 2005, 204 s., la quale sottolinea come «*Ambas sentencias [SU-623 y C-814 de 2001] muestran a una Corte muy dividida con 5 magistrados a favor y 4 en contra de la decisión mayoritaria. Para la minoría progresista, el que los homosexuales no puedan acceder a los beneficios de ser parejas estables, ni a los de seguridad social, ni al de poder adoptar un hijo y que además se diga que según la Constitución no son familia, son claras violaciones del derecho a la igualdad, ya que utilizan, sin justificación razonable, un criterio de discriminación sospechoso: el criterio de la orientación sexual*».

²⁷ Si veda in particolare la sentenza T-349 del 2006 la quale decide il ricorso presentato da un malato di Aids, nell'ambito di una azione di tutela contro l'*Instituto de Seguros Sociales* (ISS). Tale istituto gli aveva

Sarà solo nel 2007, oltre dieci anni dopo la prima pronuncia, che la Corte, attraverso un *revirement* giurisprudenziale che coinvolgerà anche un cambio di rotta nelle tecniche interpretative utilizzate, riconoscerà la possibilità per le coppie omosessuali di essere titolari di diritti, aprendo così la strada alla progressiva estensione di quelli – prevalentemente di natura patrimoniale – già riconosciuti alle coppie eterosessuali.

4. Il primo riconoscimento dei diritti patrimoniali delle coppie omosessuali: la sentenza C-075 del 2007

La sentenza C-075 del 2007 è la prima decisione con la quale il giudice costituzionale ha riconosciuto giuridicamente le unioni formate da persone dello stesso sesso, quali portatrici di un progetto di vita in comune valido e meritevole di tutela. Tale decisione, da considerarsi come il *leading case* in questa materia, è stata seguita da

negato la possibilità di lasciare la pensione al suo compagno ed egli lamentava la violazione della sua dignità umana, così come del diritto all'uguaglianza. In aggiunta, il ricorrente invocò la violazione degli articoli 2 e 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 3 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali, l'art. 24 della Convenzione americana sui diritti umani e la Convenzione 100/51 dell'organizzazione internazionale del lavoro. La Corte ha affermato che la copertura del sistema di sicurezza sociale si articola intorno alla protezione della famiglia, in un contesto che presuppone la mancata protezione dei suoi componenti nel momento in cui viene a mancare colui che si occupava di garantire la sopravvivenza economica della famiglia. Non rientrerebbe inoltre tra i compiti del giudice costituzionale estendere l'accesso alla pensione di reversibilità per casi non espressamente disciplinati dal legislatore e che non corrispondono al concetto di famiglia impiegato per la delimitazione della struttura e i caratteri della prestazione. Posto che inoltre vi sono delle alternative per l'accesso alla sicurezza sociale in termini pensionistici che sono alla portata di tutte le persone, senza alcuna distinzione, la Corte ha concluso nel senso di non poter considerare il riferimento all'orientamento sessuale del ricorrente come un elemento discriminatorio.

una serie di ulteriori pronunce che hanno ampliato progressivamente i diritti delle coppie omosessuali, anche se limitatamente a settori specifici²⁸.

Ancora una volta, il caso all'attenzione della Corte riguardava la costituzionalità degli articoli 1 e 2 della legge 54 del 1990. I ricorrenti, nell'ambito di un'azione pubblica di incostituzionalità, sostenevano che l'espressione "uomo e donna", contenuta nella definizione delle unioni di fatto e della categoria di *compañeros permanentes*, violava il principio d'eguaglianza, determinando una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Come indicato nel ricorso, l'incostituzionalità sarebbe derivata dal fatto che tale espressione escludeva la possibilità di estendere alle coppie omosessuali il regime di protezione patrimoniale previsto dal legislatore per le coppie eterosessuali, traducendosi tale esclusione nella violazione della dignità umana dei componenti la coppia omosessuale, così come del loro diritto fondamentale all'eguaglianza (tutelato dall'art. 13 Cost.). La questione è stata decisa dalla *Sala Plena* della Corte, che ha articolato l'argomentazione della sentenza in due punti fondamentali: il primo riguarda alcune considerazioni generali sul regime giuridico dei diritti delle coppie di fatto, mentre il secondo è relativo all'analisi della condizione della comunità omosessuale nell'ordinamento costituzionale colombiano. A tale duplice prospettiva fa seguito anche l'utilizzo di tecniche argomentative distinte.

In primo luogo, la Corte ha ricostruito il contenuto e la *ratio* della legge 54 del 1990, richiamando la propria precedente giurisprudenza a far data dal 1996. Come visto, l'obiettivo perseguito dal legislatore era quello di riconoscere giuridicamente l'esistenza della famiglia naturale e, di conseguenza, prevedere un insieme di diritti e doveri di carattere patrimoniale dei conviventi, colmando

²⁸ Si vedano a tale proposito le decisioni C-811 e T-856 del 2007, C-336 e C-798 del 2008 e C- 029 del 2009.

così un vuoto legislativo che coinvolgeva il benessere della famiglia. L'argomento storico che nel 1996 svolgeva il ruolo di protagonista nell'interpretazione del concetto di famiglia legata al testo costituzionale e alla volontà del costituente, limitandola alle unioni tra uomo e donna, comincia a cedere nel 2007, determinando un *revirement* giurisprudenziale che rinviene la propria *raison d'être* principalmente nel modificato contesto sociale all'interno del quale la normativa impugnata deve essere letta.

Gli oltre dieci anni trascorsi dall'approvazione della legge 54 e dalla pronuncia del 1996, insieme alle modifiche introdotte dalla legge 979 del 2005 al regime patrimoniale dei *compañeros permanentes*, costituiscono un valido indicatore dell'esistenza di una nuova cornice sociale e giuridica nell'ambito della quale il regime patrimoniale delle coppie omosessuali si inserisce. Queste argomentazioni, unitamente alle esigenze di eguaglianza richieste dallo stesso testo costituzionale, garantirebbero maggiore rilevanza alla dimensione regolatoria della situazione patrimoniale della coppia, rendendo di conseguenza possibile spostare l'enfasi interpretativa della norma verso la coppia intesa non solo come famiglia, ma anche come espressione di un progetto di vita comune fondato sulla solidarietà e il sostegno reciproco, che consentirebbe l'estensione del regime patrimoniale inizialmente previsto solo per le coppie eterosessuali anche a quelle omosessuali. Ciò non comporta, peraltro, l'abbandono di quelle necessità di protezione della famiglia e della donna messe in evidenza dalla sentenza C-098 del 1996 e tantomeno dell'interpretazione letterale del concetto di famiglia ivi contenuta. Difatti, così come non sparisce il fondamento giustificativo originario della legge 54 del 1990, la Corte non modifica l'idea tradizionale di nucleo familiare, ma arricchisce il suo spettro interpretativo con il dato sociologico, che funge da punto di partenza per un'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale.

Così, secondo il giudice delle leggi, benché non possa essere considerata come famiglia, anche la convivenza fondata sulla solidarietà e sull'appoggio reciproco è meritevole di tutela. Ed essendo innegabile che la società colombiana ha assistito all'affermarsi, accanto alle coppie eterosessuali, di quelle formate da persone dello stesso sesso, secondo il giudice costituzionale, anche queste ultime costituiscono un'opzione di vita valida, presentando, almeno sul piano patrimoniale, esigenze di protezione ampiamente assimilabili a quelle delle coppie eterosessuali.

La linea argomentativa sviluppata dalla Corte con riferimento al regime patrimoniale dei conviventi *more uxorio* è espressione di un approccio interpretativo che fa quindi leva sulla situazione della comunità omosessuale in Colombia. Nonostante la Costituzione del 1991 protegga la diversità sessuale in modo esplicito, gli omosessuali sono stati un gruppo tradizionalmente discriminato: di conseguenza, vi è una presunzione di incostituzionalità con riferimento a tutti quei trattamenti differenziati che trovano come loro ragione giustificativa l'orientamento sessuale²⁹. È lo stesso giudice costituzionale a riconoscere che nonostante il testo costituzionale vieti ogni tipo di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, tali disposizioni hanno avuto un valore meramente retorico nel caso delle coppie omosessuali, come mostrato anche dalla pregressa giurisprudenza costituzionale sul tema, per cui la mancata estensione alle coppie omosessuali delle disposizioni patrimoniali previste per quelle eterosessuali si traduce in una forma di discriminazione implicita legata al loro mancato riconoscimento giuridico³⁰.

²⁹ Nei confronti di tali disposizioni è pertanto previsto che si compia un controllo di costituzionalità stretto; in questo senso si veda la sentenza C- 481-1998, nella quale l'orientamento sessuale è stato considerato come una categoria discriminatoria e come tale da sottoporre ad uno *strict scrutiny*.

³⁰ Tale nuovo orientamento supera il paradosso che per quasi dieci anni ha consentito la coesistenza di due linee giurisprudenziali tra di loro

Nel rilevare la presenza di un vuoto legislativo, l'alto tribunale ha esteso la disciplina indicata nella normativa impugnata anche alle coppie omosessuali con una sentenza additiva. La mancata previsione di una protezione patrimoniale per le coppie omosessuali si porrebbe in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione, di cui tutti sono titolari a prescindere dall'orientamento sessuale. Secondo la Corte vi sarebbe, infatti, una relazione profonda tra il diritto a vivere con dignità e quelle relazioni economiche fondamentali per la realizzazione di un progetto di vita in comune in condizioni di dignità, che determina il dovere dello Stato di attivarsi affinché questo progetto possa essere attuato, garantendo la realizzazione dell'autonomia personale, il libero sviluppo della personalità e l'autodeterminazione dell'individuo (art. 16), il cui unico limite è rappresentato proprio dai diritti altrui.

Ulteriore tecnica argomentativa sviluppata dalla Corte nell'interpretare il divieto di discriminazione basato sull'orientamento sessuale fa leva sul cd. "blocco di costituzionalità"⁵¹ e sul "dialogo transnazionale" con la giurisprudenza internazionale. Prima del 2007, la Corte aveva sempre escluso qualunque riferimento al diritto internazionale dei diritti umani anche se, in realtà, nelle opinioni dissenzienti o concorrenti si rinvenivano riferimenti espliciti al diritto internazionale, confermando che si trattava di argomentazioni che non trovavano accoglimento nelle decisioni di maggioranza⁵². Al contrario,

contraddittorie in materia di diritti delle persone omosessuali, espresso dalla Corte con le seguenti parole: «*De este modo, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no sólo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida*».

⁵¹ Vedi *supra* nota n.7.

⁵² Si veda per esempio i *salvamentos de voto* del magistrato Manuel José Cepeda nella sentenza SU-623 del 2001, del magistrato Rodrigo

nella sentenza C-075 la Corte ha fatto riferimento esplicito a due pronunce del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite in materia di orientamento sessuale: si tratta dei casi *Toonen e Young* entrambi contro Australia⁵³.

L'argomentazione secondo la quale la mancata applicazione delle disposizioni previste dalla legge 54 anche alle coppie omosessuali costituisce una lesione della dignità umana del singolo, quale diritto fondamentale al libero sviluppo della sua personalità, ma anche come diritto a godere di certe condizioni materiali che gli garantiscano una vita degna, risulterà fondamentale anche nelle successive decisioni in questa materia, attraverso le quali si realizzerà il consolidamento e l'espansione dei diritti delle coppie omosessuali⁵⁴.

Uprimny nella sentenza T-725 de 2004 e del magistrato Jaime Córdoba Triviño nella sentenza T-349 del 2006.

⁵³ Comitato dei diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite, Comunicazione 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000. Il loro richiamo da parte del giudice costituzionale si giustifica con l'esigenza di individuare quale elemento discriminatorio la differenza di trattamento tra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, specialmente nel caso in cui tale distinzione si basi sull'esclusione dell'estensione di una normativa più favorevole, senza che sia possibile rinvenire alcuna giustificazione ragionevole ed obiettiva.

⁵⁴ Per un approfondimento si veda ALBARRACÍN CABALLERO, *Protección constitucional de los compañeros permanentes del mismo sexo*, in AZUERO, ALBARRACÍN CABALLERO, *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia, Sentencias emblemáticas. Serie Judicatura y Democracia. Instituto de Servicios Legales Alternativos, ILSA*. 2009, 37-69, 41 ss. Il merito della sentenza C-075 è stato quello di aver riconosciuto per la prima volta i componenti della coppia omosessuale come soggetti giuridici e di conseguenza titolari di un insieme di diritti e doveri; si veda BONILLA, *Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 2010, 183-200, secondo il quale tutte le decisioni successive si sono fondate su tre elementi fondamentali: la dignità, il libero sviluppo della personalità e l'eguaglianza.

5. Le sentenze successive in attesa della pronuncia sul matrimonio omosessuale

Nonostante sia innegabile il merito e il valore della sentenza C-075, in quanto momento di svolta nel riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali, la sua portata applicativa era limitata solamente ai diritti patrimoniali, lasciando così un dubbio irrisolto. Come si potevano riconoscere i diritti patrimoniali delle coppie dello stesso sesso senza che prima fosse dettata una precisa regolamentazione giuridica che riconoscesse l'esistenza delle coppie in sé considerate?

La giurisprudenza successiva alla sentenza C-075, in particolare attraverso le sentenze T-856 e C-811 del 2007, C-336, C-798 e T-1241 del 2008 e C-029 del 2009, ha sciolto i nodi lasciati irrisolti, creando dei precedenti solidi nella protezione dei conviventi omosessuali. Con tali decisioni la Corte si è quindi occupata del riconoscimento del *derecho de afiliación en salud* (C-811 de 2007), del diritto alla pensione di reversibilità (C-336 del 2008), del sistema di sicurezza sociale (sentenze di tutela T-856 del 2007 e T-1241 del 2008), delle obbligazioni alimentari (C-798 del 2008) ed, infine, dei diritti e degli obblighi delle coppie dello stesso sesso in differenti settori normativi contenuti in 26 leggi (C-029 del 2009).

Al di là del contenuto delle decisioni sopra citate, ciò che maggiormente rileva in questa sede è l'interpretazione sistematica compiuta dal giudice costituzionale delle espressioni presenti nell'ordinamento giuridico colombiano di *compañeros permanentes*, *unión marital de hecho*, *unión permanente* alla luce della legge 54 del 1990. Da tale approccio deriva che i conviventi permanenti dello stesso sesso hanno i medesimi diritti ed obbligazioni di quelli eterosessuali in tutti i settori, rendendo così incostituzionali tutte quelle distinzioni – discriminatorie di fatto e di diritto – disposte nei loro confronti, in quanto in contrasto con il principio di eguaglianza garantito dall'articolo 13 della Costituzione, con la dignità umana riconosciuta nel

preambolo e nell'articolo 1 e con il libero sviluppo della personalità previsto dall'art. 16 Cost..

Filo rosso dell'interpretazione compiuta dalla Corte è costituito dalla dignità umana. L'idea che ha accompagnato le discussioni svoltesi durante i diversi giudizi costituzionali era semplice, ma allo stesso tempo solida: uguali in dignità, uguali nei diritti e di conseguenza uguali nella protezione. La lacuna presente nell'ordinamento colombiano con riferimento al riconoscimento delle coppie omosessuali è stata quindi colmata dall'attività pretoria compiuta dal giudice delle leggi, senza che però l'interpretazione originaria del concetto di famiglia fosse in alcun modo scalfita.

Infine, nel 2010 il giudice delle leggi è stato chiamato ad esprimersi sulla costituzionalità della definizione di matrimonio. La Corte si è pronunciata con una decisione molto controversa (sentenza C-886/2010)⁵⁵, preferendo non entrare nel merito della questione e dichiarandosi *inhibida* per la mancanza dei requisiti di carattere sostanziale richiesti dalla legge per la proposizione delle questioni di costituzionalità.

I ricorrenti, nell'ambito di un'azione pubblica di incostituzionalità, sostenevano l'illegittimità dell'art. 113

⁵⁵ Oltre ad esser stata profondamente criticata dall'opinione pubblica, la decisione della maggioranza della Corte ha determinato l'insorgere di una spaccatura all'interno del collegio giudicante, come dimostrato dai voti dissenzienti dei giudici Calle Correa, Henao Pérez, Palacio Palacio e Vargas Silva, i quali ritenevano che la Corte in realtà si sarebbe dovuta pronunciare nel merito, in quanto trattandosi di un caso di discriminazione, avrebbe dovuto applicare il principio *pro actione*. Si tratta di una tecnica utilizzata dalla Corte secondo la quale «*el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte*» (Cfr. le sentenze C-508/2008, C-451/2005, C-480/2003 e C-1052/2001).

del codice civile e dell'art. 2 della legge 294 del 1996³⁶. Più nello specifico essi lamentavano la violazione di diverse disposizioni della Costituzione, tra le quali il principio di eguaglianza, il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il diritto al libero sviluppo della propria personalità, e delle norme del Patto internazionale sui diritti civili e politici che riconoscono il diritto al matrimonio e a formare una famiglia.

La prima norma impugnata definisce il matrimonio come un contratto solenne attraverso il quale un uomo e una donna si uniscono con il fine di vivere insieme, procreare e aiutarsi reciprocamente, mentre la seconda specifica che la famiglia si può costituire mediante vincoli naturali o giuridici per la decisione libera di un uomo e una donna di contrarre matrimonio. Il giudice costituzionale ha ritenuto che il contrarre matrimonio rappresenta solo un'opzione e non un obbligo. Di conseguenza, una disciplina che limita il matrimonio alle sole coppie eterosessuali non può pertanto essere considerata come una forma di trattamento inumano e degradante contraria all'art. 12 della Costituzione, diversamente da quanto sostenuto dai ricorrenti.

La Corte, inoltre, a sostegno della propria argomentazione, ha rilevato come il diritto internazionale non preveda una norma che garantisca il diritto degli omosessuali a contrarre matrimonio. Il giudice costituzionale, a tale proposito, fa esplicito riferimento sia alla Convenzione americana dei diritti dell'uomo (artt. 17 e 23) che all'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Kopf y Shalk v. Austria*³⁷.

³⁶ Si tratta della normativa di attuazione dell'art. 42 della Costituzione contenente norme contro la violenza familiare.

³⁷ *Schalk and Kopf v Austria* [2010] 30141/04 (24 giugno 2010)

6. L'ultima parola della Corte: la sentenza C-577 del 2011

Non è trascorso nemmeno un anno dalla controversa pronuncia del 2010, nella quale la Corte aveva preferito dichiararsi *inhibida* piuttosto che pronunciarsi nel merito della questione, che il giudice costituzionale colombiano, mediante una sentenza monitoria, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 113 del codice civile, nella parte in cui limitava il matrimonio all'unione tra un uomo e una donna, esortando il legislatore a disciplinare la materia in modo organico entro il 20 giugno 2013³⁸.

I tempi sono finalmente maturi per un'interpretazione ampia del concetto di famiglia, consentendo così ad una Corte unanime di reinterpretare il testo dell'art. 42 della Costituzione³⁹.

Nonostante venga sottolineata la volontà del costituente di distinguere tra la *famiglia* intesa come istituzione precedente allo Stato, di natura sociale ma riconosciuta giuridicamente, e il *matrimonio*, quale vincolo che trova il proprio fondamento nel consenso espresso dai coniugi, che in maniera libera e volontaria si impegnano a dare vita ad

³⁸ Si tratta della sentenza C-577/11 del 26 luglio 2011 nella quale la Corte oltre ad aver dichiarato illegittima l'espressione «*un hombre y una mujer*» prevista nell'art. 113 del codice civile, si è dichiarata *inhibida* a pronunciarsi nel merito sia per quanto riguarda l'illegittimità dell'espressione «*de procrear*» contenuta nella stessa norma, per inadeguatezza degli argomenti a sostegno del ricorso, sia per quanto riguarda l'espressione «*un hombre y una mujer*» prevista negli artt. 2 della *Ley* 294 del 1996 e 2 della *Ley* 1361 del 2009, in quanto tali norme non fanno altro che riprodurre precetti costituzionali.

³⁹ Nonostante la decisione della Corte abbia ricevuto il consenso unanime di tutti i membri del collegio giudicante, nel *salvamiento parcial de voto* del giudice Calle Correa è stato evidenziato come la Corte avrebbe dovuto indicare più nello specifico le regole da applicare nel caso in cui il legislatore non adotti alcuna disposizione normativa sul tema entro la data prestabilita, in quanto altrimenti le decisioni da assumere relative alla celebrazione delle unioni omosessuali verrebbero lasciate alla completa discrezionalità interpretativa del notaio o del giudice.

una famiglia, il concetto di famiglia previsto viene ora interpretato dalla Corte in termini molto più ampi rispetto a quelli finora prevalenti.

Tale nuovo approccio si appoggia al modello di Stato sociale pluralista e partecipativo (previsto dall'art. 1 Cost.), che include tra i suoi fini, oltre alla protezione delle libertà, convinzioni e diritti inviolabili di tutte le persone (come risulta dal combinato disposto degli artt. 2 e 5), anche la tutela della diversità culturale e del pluralismo della nazione. Secondo la Corte, la garanzia di tale valore fondamentale sarebbe ostacolata dall'imposizione di un unico modello di famiglia (quella fondata sull'unione di un uomo e una donna), quale previsto dall'art. 113 del codice civile e dalla stessa pregressa giurisprudenza costituzionale. Nell'argomentazione sviluppata dal giudice costituzionale, il disposto dell'art. 42 della Costituzione, secondo il quale «*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*», non vuole intendere quella fondata sul matrimonio come l'unica forma familiare considerata meritevole di tutela da parte del costituente. Difatti, posto che il dettato costituzionale consente la formazione della famiglia secondo diverse modalità, mediante distinti “vincoli naturali o giuridici”, ammettendo anche la possibilità, ad esempio, di famiglie monoparentali, l'eterosessualità non costituisce più una caratteristica imprescindibile per formare un nucleo familiare.

Cosciente che il progressivo riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali non si era accompagnato ad un'evoluzione del concetto tradizionale di famiglia, strettamente ancorato all'eterosessualità della coppia, la Corte in aperto *overruling* con la propria precedente giurisprudenza, ha sottolineato la necessità di optare per un'interpretazione flessibile e maggiormente aderente alla

realtà sociale di tale concetto, inclusivo anche delle coppie omosessuali.

Nonostante l'esplicito riferimento del dettato costituzionale al matrimonio eterosessuale, la Corte ha ritenuto che tale limitazione non implichi una preclusione assoluta per il legislatore di dettare una disciplina per garantire anche alle coppie omosessuali di formalizzare la loro unione.

L'interpretazione letterale del dettato costituzionale prevalente nelle pregresse pronunce del giudice costituzionale colombiano in materia di famiglia viene quindi progressivamente abbandonata per lasciare spazio ad un'interpretazione evolutiva della volontà del costituente, non limitata al riconoscimento giuridico della sola famiglia eterosessuale. Anche se l'art. 42 della Costituzione fa riferimento al matrimonio come decisione libera di un uomo e una donna, il giudice costituzionale avvalendosi dell'utilizzo dell'argomento sistematico (il complesso della cornice costituzionale) e di quello sociologico (il pluralismo e la diversità della società colombiana) arricchisce il proprio arsenale argomentativo di elementi nuovi.

Conformemente alle conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza 138 del 2010, la Corte sottolinea come il principio democratico imponga che sia il legislatore, nell'ambito delle sue competenze, ad adottare delle misure che garantiscano il godimento effettivo dei diritti delle coppie omosessuali. Il monito rivolto dalla Corte al legislatore è piuttosto forte e si estende fino alla declaratoria di illegittimità dell'espressione «un uomo e una donna» contenuta nell'art. 113 del codice civile. Il *Congreso* deve, entro il 20 giugno 2013, adottare una disciplina sistematica che regolamenti in modo organico i diritti delle coppie omosessuali con l'obiettivo di eliminare il *deficit* di protezione. Nel caso in cui il Parlamento non rispetti quanto deciso dalla Corte, le coppie omosessuali potranno comunque recarsi direttamente da un notaio o dal giudice competente per formalizzare la loro unione.

7. Considerazioni conclusive

L'interpretazione del giudice costituzionale colombiano sul riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali prende in considerazione sia i mutamenti del contesto sociale di riferimento, che le modifiche dell'ordinamento giuridico, entrambi elementi rilevanti della questione. Difatti, il mutamento sociale richiede una risposta concreta da parte del diritto, in termini di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

Le decisioni del giudice costituzionale sui diritti e il matrimonio delle coppie omosessuali hanno avuto un forte valore simbolico e pratico, non solo per la comunità omosessuale direttamente coinvolta, ma specialmente per le giustificazioni argomentative ivi utilizzate. Per la prima volta, infatti, nel 2007 è stata affrontata la tematica dei diritti delle coppie omosessuali al di fuori del paradigma della famiglia eterosessuale e monogamica, posto che è lo stesso giudice costituzionale ad affermare che riconoscere giuridicamente le coppie omosessuali non implica una minore protezione per la famiglia eterosessuale. Entrambi sono interessi costituzionalmente legittimi e non si escludono a vicenda nell'ordinamento costituzionale colombiano.

Appare rilevante sottolineare come, nell'evoluzione giurisprudenziale anteriore alla sentenza C-577 del 2011, la Corte aveva lasciato impregiudicata la distinzione tra la famiglia (*familia*) e la coppia (*pareja*), limitando la prima alle coppie eterosessuali e consentendo l'inclusione di quelle omosessuali nella seconda. Il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali è avvenuto quindi senza che il concetto di famiglia tradizionalmente accettato all'interno dell'ordinamento costituzionale colombiano fosse modificato.

Evidente è il mutamento dell'approccio interpretativo sviluppato dalla Corte, che ha assistito ad un progressivo affermarsi della considerazione del mutamento sociale

giuridico vissuto dalla società colombiana alla quale il giudice costituzionale si è adeguato. Un contributo a tale evoluzione deriva probabilmente anche dall'influenza esercitata dal diritto internazionale in materia di diritti umani, considerato come parte integrante del *bloque de constitucionalidad* (vedi sentenza C-075/2007).

La dottrina elaborata dalla Corte garantisce un livello minimo di protezione costituzionale, che deve essere rispettato dallo Stato e dagli individui. È innegabile che il ruolo simbolico e strumentale rivestito da tali sentenze sarà effettivo solo nel momento in cui i diritti riconosciuti saranno esercitati dai titolari, le nuove disposizioni pienamente applicate e implementate da parte degli operatori giuridici e, specialmente, incorporati nella cultura giuridica e popolare.

