



http://www.telemundo.com/sites/nbcutelemundo/files/styles/article_cover_image/public/images/article/cover/2016/04/07/matrimonio-gay-colombia_0.jpg?itok=2S9vX13D

*Matrimonio homosexual
en Colombia:
discriminación,
vacíos legales y
alternativas jurídicas*

Melissa Villarreal Márquez



Resumen

Objetivo: determinar si las parejas del mismo sexo que han tenido la opción de constituir una familia, se han visto afectadas por el rechazo de que contrairan un vínculo matrimonial y la omisión del Congreso respecto a una regulación integral. **Metodología:** este trabajo revisa los argumentos de la Audiencia Pública del 30 de julio de 2015 de la Corte Constitucional, los órganos competentes para la regulación del matrimonio igualitario, la literatura publicada referente al tema y la legislación colombiana. **Resultados:** Aunque la literatura sobre el tema es reducida, es posible observar una falta de regulación acerca del matrimonio igualitario en Colombia y su consecuente discriminación. Además, no suele entenderse el vínculo contractual autorizado en la parte resolutoria de la sentencia C- 577 de 2011 que lo califica como un contrato innominado y atípico, por lo cual no genera protecciones estatales, sino una desprotección a los contrayentes y una lesión directa al Estado. **Conclusiones:** el Congreso debe considerar la inclusión de la institución del matrimonio, u otra con las mismas garantías, con el fin de alcanzar un mayor grado de igualdad, democracia y libertad, que ayude a consolidar el Estado Social y democrático de Derecho.

Palabras clave: matrimonio del mismo sexo, LGBTI, relaciones del mismo sexo, parejas del mismo sexo, derecho de familia

**Matrimonio homosexual en Colombia:
discriminación, vacíos legales y alternativas jurídicas ***

*Homosexual marriage in Colombia: discrimination,
law loopholes and legal alternatives*

*Colisão de princípios e argumentação jurídica
O direito coletivo ao espaço público*

Melissa Villarreal Márquez**

Escuela de Derecho Universidad Eafit - Medellín - Colombia

Para citar este artículo:

Villarreal, M. (2016). Matrimonio homosexual en Colombia: discriminación, vacíos legales y alternativas jurídicas. *Ambiente Jurídico* 19: pp. 145-180.

Recibido el 6 de noviembre de 2015 - aprobado el 25 de enero de 2016

* Artículo desarrollado por la autora en la asignatura Edición Textual de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. La autora agradece al profesor Andrés Bustamante Londoño por su guía y revisión en la elaboración del manuscrito y al Dr. Luis Felipe Dávila Londoño por la revisión del documento final.

** Escuela de Derecho, Universidad EAFIT. mvillar5@eafit.edu.co

Abstract

Objective: To determine whether same-sex couples who have had the option to establish a family, have been affected by the rejection of who gives an marriage and the failure of Congress on comprehensive regulation. **Methodology:** This paper reviews the arguments of the Public Hearing of 30 July 2015 of the Constitutional Court, the bodies responsible for the regulation of equal marriage, the published literature concerning the subject and Colombian law. **Results:** Although the literature on the subject is reduced, it is possible to observe a lack of regulation about equal marriage in Colombia and consequent discrimination. Also, do not generally understood authorized in the operative part of the judgment C-577 of 2011 that qualifies as an unnamed contract and atypical contractual relationship, and therefore does not generate state protections, but a lack of protection to spouses and direct injury to State. **Conclusions:** Congress should consider including the institution of marriage, or another with the same guarantees in order to achieve a greater degree of equality, democracy and freedom, to help consolidate the social and democratic rule of law.

Keywords: gay marriage, LGBTI, same-sex couples, family law.

Resumo

Objetivo: determinar se os casais do mesmo sexo que tiveram a opção de estabelecer uma família, foram afetados pela rejeição de quem dá um casamento eo fracasso do Congresso na regulamentação abrangente. **Metodologia:** Este artigo analisa os argumentos da audiência pública de 30 de julho de 2015 do Tribunal Constitucional, os órgãos responsáveis pela regulação da igualdade de casamento, a literatura publicada sobre a lei assunto e colombiana. **Resultados:** Embora a literatura sobre o assunto é reduzida, é possível observar uma falta de regulamentação sobre a igualdade de casamento na Colômbia e consequente discriminação. Além disso, não geralmente entendida autorizada na parte decisória do acórdão C-577 de 2011, que qualifica como contrato sem nome e relação contratual atípico, e, portanto, não gera proteção do Estado, mas a falta de proteção aos cônjuges e lesão direta estado. **Conclusões:** Congresso deve considerar incluindo a instituição do casamento, ou de outra com as mesmas garantias a fim de alcançar um maior grau de igualdade, democracia e liberdade, para ajudar a consolidar o Estado social e democrático de direito.

Palavras-chave: casamento entre homossexuais, LGBTI, casais do mesmo sexo, direito de família.

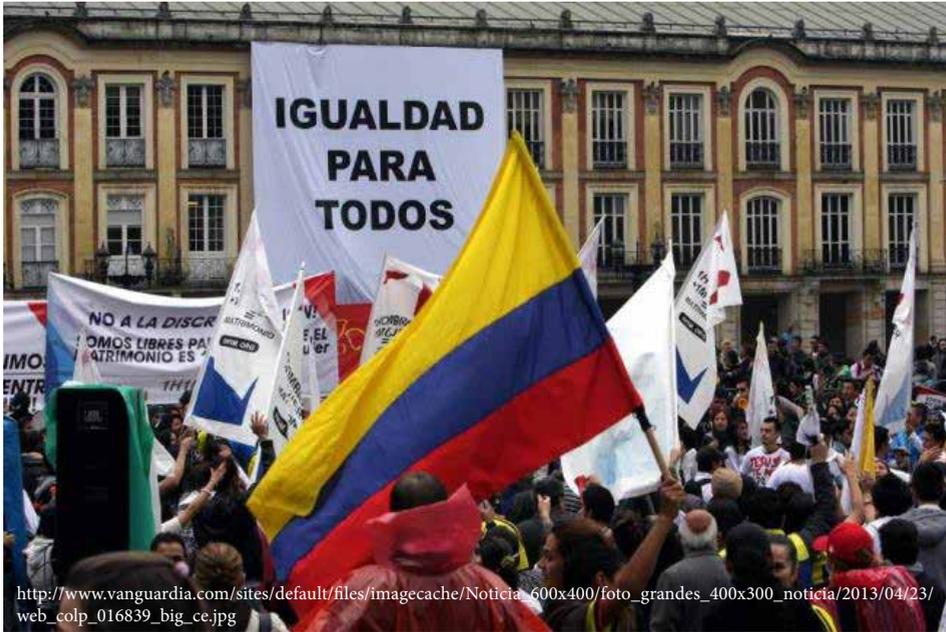
Introducción

Los derechos fundamentales son aquellos atribuibles universalmente a grupos de sujetos determinados con la identidad de ‘persona’, ‘ciudadano’ o ‘capaz de obrar’ (Ferrajoli, 2001). De acuerdo con esto, la negación de los derechos fundamentales a una persona equivaldría a negar la identidad misma de ‘persona’ y, de manera secundaria, de ‘ciudadano’ o de ‘capaz de obrar’, como sucedía por ejemplo en antiguas civilizaciones donde los derechos fundamentales no eran atribuibles a los esclavos, ya que no eran considerados personas. Lo que ha cambiado, entonces, no es la existencia de los derechos fundamentales, sino la extensión de categorización de ‘persona’ (Ferrajoli, 2001).

En Colombia, entre los derechos fundamentales contemplados en el capítulo I del Título II de la Constitución Política, se encuentra el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, con iguales derechos, libertades y oportunidades, sin ningún tipo de discriminación de ninguna naturaleza; además, establece en el inciso segundo de este mismo artículo que es el Estado el encargado de promover las condiciones para que la igualdad sea efectiva y de adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados (Constitución Política de Colombia, 2015).

Ahora bien, debido a los cambios culturales que se han venido presentando alrededor del mundo, el ordenamiento jurídico colombiano ha autorizado a las personas a la conformación de una familia por fuera de la forma tradicional del matrimonio. Por ejemplo, el artículo 42 de la Carta Política, referente a la familia, faculta a un hombre y una mujer a conformar el núcleo esencial de la sociedad —la familia— sea por vínculos naturales, sea por vínculos jurídicos (Constitución Política de Colombia, 2015). En este sentido, la Constitución permite la conformación de una familia por fuera del matrimonio. Adicionalmente, la sentencia C-821 de 2005 de la Corte Constitucional (Sentencia C-821, 2005) establece que la familia es aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos (Estrada Vélez, 2011).

Bajo este contexto, la pareja homosexual también puede conformar una familia, aunque sea el matrimonio entre un hombre y una mujer la



forma tradicional y privilegiada por el artículo 42 de la Constitución; sin embargo, con excepción de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha hecho presente una notoria falta de regulación en Colombia sobre los derechos de la comunidad LGTBI. Esta ausencia, podrían pensar algunos, sólo afecta a personas de esta comunidad, pero ¿es en efecto así?, ¿no es la igualdad algo que todos afirmamos buscar?, ¿trae consecuencias la falta de regulación del tema para las parejas heterosexuales?, ¿cuáles son las repercusiones para la comunidad colombiana? Esta falencia de nuestro ordenamiento jurídico no sólo genera controversia en la sociedad sino que también promueve la discriminación, en contra de una de las máximas de la Constitución prevista en el inciso segundo del artículo 13 y contradiciendo el artículo 2° debido a la falta de garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

Este artículo busca entonces, en principio, concientizar a la comunidad, en especial la jurídica, acerca de la importancia de la regulación del matrimonio igualitario y mostrar como ésta podría aumentar la igualdad en Colombia, lo cual trae consigo la consolidación de un Estado Social de Derecho que persigue los fines esenciales consagrados en el artículo 2° de su Constitución Política.

Con el fin de describir la situación actual del matrimonio igualitario en Colombia se desarrollarán tres temas específicos: los fundamentos de la audiencia que se presentó el 30 de julio de 2015 en la Corte Constitucional; los órganos competentes para regular, aplicar y solucionar controversias que se presenten frente al tema; y las implicaciones jurídicas que tiene la ausencia o inclusión de normatividad que regule el matrimonio igualitario en Colombia. Por último, se darán las conclusiones.

Fundamentos de la Audiencia Pública

El 30 de julio 2015, tuvo lugar en la Corte Constitucional una Audiencia Pública para debatir el matrimonio igualitario en Colombia en la que se habló específicamente de dos temas: la posibilidad jurídica de celebrar el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo y la competencia de la Corte para regularlo. Al respecto se debatieron argumentos a favor y en contra, que serán presentados a continuación.

Debido a la falta de precisión de la sentencia C- 577 de 2011 mediante la cual se declaró la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, muchas parejas de la comunidad LGBTI se han visto gravemente afectadas; han tenido, por mencionar algunos casos, que explicar porqué se quieren casar, han sido sometidas al escarnio público y a la persecución por parte de entidades públicas que deberían velar por los derechos de los ciudadanos —específicamente el Ministerio Público—, han debido responder tutelas, como si su matrimonio fuera violatorio de un derecho fundamental, y han sido tratadas como delincuentes, aun cuando la homosexualidad dejó de ser un delito en Colombia hace más de 34 años (Velandía Mora, 2002). Las familias de dicha comunidad han tenido un déficit histórico de protección legal, el matrimonio civil igualitario provee la protección legal que requieren y combate esa carencia; dicha protección la encuentran en la orden 5 de la parte resolutoria de la ya mencionada sentencia.

La Constitución Política de 1991 conllevó al reconocimiento de la comunidad LGBTI, su igualdad con los demás y el derecho a actuar libremente sin distinción. Pero la realidad en Colombia es otra: por su orientación sexual se les restringe la libertad de elegir —en este caso de elegir si contraer o no matrimonio civil— y en una democracia donde esto ocurre, se profundizan las desigualdades. Las parejas de esta comunidad han recibido discursos supuestamente amparados en la ley o la Constitución, pero detrás de ellos subyace un fundamentalismo religioso que atenta contra la

democracia —que sólo es posible alcanzar cuando se reconocen y legitiman las minorías— y limita las libertades en un Estado Social de Derecho. Es por esto que las parejas homosexuales piden el derecho a un matrimonio civil; no un trato especial, sino igualitario ante la ley.

La Corte Constitucional ha sido la responsable de que la comunidad LGBTI haya recobrado dignidad y, sistemática y progresivamente, que los miembros de ella hayan sido tratados como iguales en varios aspectos y la única institución democrática que ha reconocido sus derechos fundamentales en los últimos 20 años —además de ser la protectora de las minorías (no sólo sexuales), convirtiendo a la sociedad colombiana en más respetuosa y democrática. Sin embargo, sigue habiendo un déficit de protección para esta comunidad, principalmente porque los jueces y los notarios no han dado una protección constitucional cierta y uniforme a las parejas que aquí respetan. Según el grado de protección brindado a parejas de la comunidad LGBTI, es posible agrupar a los jueces y notarios en cuatro grupos diferentes:

Tabla 1

Grupos según la protección brindada a la comunidad LGBTI

Grupo Grado de protección

Primero Total inclusivo: Realiza matrimonio civil igualitario.

Segundo Parcial inclusivo: Aplica algunas normas pero no la totalidad de la institución ni su nombre.

Tercero Parcial discriminatorio: Crea figuras sin efectos legales.

Cuarto Total discriminatorio: Niega por completo la protección a parejas homosexuales.

Del primer grupo, conformado en su mayoría por jueces, se mencionarán algunos de los argumentos utilizados por jueces en la audiencia, que los llevaron a interpretar la orden 5 de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011 como una autorización a realizar un matrimonio civil:

- La actividad judicial exige que se garanticen los derechos de las personas y que los funcionarios en su actividad no interfieran con las libertades de los ciudadanos. Los jueces están sometidos al imperio de la ley, pero el conocimiento del derecho, como deber, y el conocimiento del hecho, como posibilidad jurídica, deben contribuir a impedir que la ley imparta injusticias.

- Cabe mencionar que en Colombia existe la creencia de que los derechos son únicamente los consagrados en la norma; sin embargo, hay criterios expansivos que recogen postulados acordes con otros internacionales. Más aún, los derechos consagrados en la Carta Política son mínimos y existe la posibilidad de que se extiendan mucho más.

- Otro punto que es importante resaltar consiste en que como a los jueces les está vedado abstenerse de impartir justicia so pretexto de no existir ley aplicable. Cuando éste sea el caso, siguiendo el principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico, se debe recurrir a la analogía con leyes o normas que regulen casos similares y, a falta de éstas, a la doctrina y a las reglas generales del derecho. De esta manera, la sentencia C-577 permite formar familia mediante vínculo jurídico; en Colombia la única conformación de familia por vínculo jurídico es por medio del matrimonio, entonces, por analogía con el artículo 113 del Código Civil, cuando se habla de “solemnizar el vínculo contractual” se debe entender como la celebración del matrimonio civil.

- Además, según el principio *pro homine*, de varias interpretaciones posibles de una norma, debe preferirse aquella que satisfaga mejor los derechos de las personas. Por último, las normas que regulan la familia son normas de orden público, por lo que dentro de los actos que modifican el estado civil son taxativos y entre ellos se encuentra el matrimonio, que es el único que permite conformar familia por vínculo jurídico, el único con efectos jurídicos y el único que es posible inscribir en el registro civil. Por esto, el matrimonio es el único medio para cumplir la finalidad de la orden 5 de formalizar y solemnizar la unión de las parejas de la comunidad LGBTI.

- Para solucionar los problemas causados por la imprecisión de la parte resolutoria de la sentencia C-577 se debe entender que la orden 5 estableció una norma, sujeta a una condición de nacimiento: que transcurriera un plazo —dos años— y un hecho —inactividad del legislador—, por lo que ella existe desde el 2013. La norma ya es independiente de la voluntad de los magistrados y está integrada al ordenamiento; razón por la que a la Corte Constitucional le corresponde interpretarla como tal y no por su voluntad. Para esto, se debe entender que la norma tiene tres sentidos: el primero es finalístico (superar un déficit de protección); el segundo es establecer derechos para las parejas de la comunidad LGBTI, para que

se formalice su vínculo contractual y su familia, pero como es ambigua le corresponde a la Corte interpretarla para superar esa ambigüedad y establecer el sentido constitucionalmente admisible; y el tercero es establecer competencias y obligaciones a jueces y notarios.

El cuarto grupo, por su parte, sólo alegó ausencia total de legislación, mientras que los grupos segundo y tercero, conformados en su mayoría por notarios (sin esto significar que hay ausencia total de jueces), presentaron argumentos como que aquellos funcionarios que realizaron matrimonio civil entre parejas de la comunidad LGBTI violaron el debido proceso por carencia absoluta de competencia, por defecto procedimental al darle al acto el trámite de matrimonio, por defecto material o sustantivo al aplicar normas inexistentes y por desconocer el precedente de la Corte Constitucional al declarar el artículo 113 del Código Civil inaplicable. Mientras éste siga vigente y no exista una orden perentoria, clara y precisa de un juez de la República, las parejas de la comunidad LGBTI no tienen derecho a contraer matrimonio civil. Además, el matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso, surgido a esta clase de vínculo corresponde al constituyente y no a la Corte Constitucional.

Se debe agregar que, en función de la independencia de las ramas del poder público, los notarios tienen una función reglada, es decir, autorizan una escritura porque existe una norma jurídica que se lo permite o tramita una sucesión si existe una norma que los faculte para ello. Al ser la parte resolutoria de la sentencia imprecisa, los notarios carecen de la competencia para interpretarla y deben atenerse a lo que la sentencia de manera expresa dicta que es formalizar el vínculo contractual, que en ningún momento expresa que se modifique el estado civil.

Los notarios quedaron, entonces, reducidos a técnicos jurídicos que sólo pueden realizar una protocolización que, en la realidad, carece de efectos jurídicos. Uno de los grandes problemas que se desprende de esa protocolización es la incertidumbre frente a las repercusiones que pueda tener y a las garantías constitucionales que se desprendan, o no, de ella; para evitar este tipo de situaciones, es preferible legalizar la unión en lugar de protocolizar el matrimonio. Dado que no se puede dar prevalencia a interpretaciones de técnica jurídica que van en contra de la democracia y de la Constitución, con el fin de proteger a las parejas que ya han perfeccionado



<http://www.centrotampa.com/storyimage/CE/20160407/ARTICLE/160409953/AR/0/AR-160409953.jpg>

ese acto jurídico que descansa en un vacío legal, es necesario darle a esa protocolización un carácter similar al del matrimonio civil.

Sin embargo, los notarios también se han visto perjudicados por la imprecisión de la sentencia, ya que se les han iniciado procesos disciplinarios con el fundamento de que violaban la ley al no aprobar el matrimonio civil entre parejas de la comunidad LGBTI, aun cuando ella ha recibido completa atención sin discriminación en la unión de hecho. Para ello, el Notariado entregó a todos los notarios herramientas y formatos adecuados elaborados por profesionales de diversas corrientes filosóficas. Sin embargo, al no existir una norma expresa que autorice el matrimonio igualitario, no se han facilitado las herramientas o formatos que permitan a los notarios celebrarlo.

Los notarios añadieron que el alcance del vínculo contractual al que se refiere la orden 5 de la parte resolutoria de la sentencia C-577 de 2011 supera el nivel del vínculo natural propio de la unión marital de hecho tanto en parejas heterosexuales como homosexuales y que dicho vínculo se materializa en un contrato solemne mediante la escritura pública, la cual viene siendo una prueba plena por ser un documento público y que esto es así porque la Corte estableció que el contrato solemne reconoce una nueva forma de familia. En

AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

suma, el problema surge, entre otras cosas, porque la Corte Constitucional no estableció que el matrimonio entre parejas del mismo sexo fuera válido y porque ella no puede obligar al Congreso a legislar ni invadir su órbita; por lo tanto, se debe esperar a que éste cumpla con su función.

La competencia de legislar acerca del matrimonio entre parejas de la comunidad LGBTI radica en el Congreso y el estado civil, como ya se mencionó antes, está regulado por normas de orden público y los particulares, incluyendo notarios, no pueden modificar lo que la ley y la Constitución Política establecen. El Congreso debe actuar en el menor tiempo posible ya que tiene un compromiso social, político y moral con el país teniendo en cuenta que a la Corte Constitucional le está vedada suplir una omisión legislativa y constitucional absoluta, a ella le compete interpretar tratados y el texto constitucional, pero no le corresponde modificarlo. Aunque el concepto de la familia esté abierto a la interpretación, encuentra en el artículo 42 una limitación textual, a saber, de un régimen matrimonial entre un hombre y una mujer.

Un argumento mencionado es que ni la Constitución Política ni la ley ni la jurisprudencia constitucional han señalado que las parejas del mismo



http://ceiep.org/wp-content/uploads/2016/04/manifiestacion_0-1050x698.jpg

sexo tengan ese derecho. Tal vez, es la última la que se ha malinterpretado indicando un supuesto derecho. Pero lo cierto radica en que ese derecho no se contempla ni en la sentencia C-886 de 2010 ni en la C-577 de 2011. Sostuvieron que el simple deseo de los accionantes de que en Colombia exista el matrimonio homosexual no constituye un cargo de inconstitucionalidad frente al artículo 42 de la Constitución Política; por su parte, ni el 113 del Código Civil ni los tratados internacionales constituyen una obligación de permitir el matrimonio entre parejas de la comunidad LGBTI; los derechos se deben interpretar según la Constitución Política y no de acuerdo con la jurisprudencia de Cortes extranjeras, ni conceptos de peritos extranjeros, sino de tratados internacionales de derechos humanos ratificados en Colombia y de las leyes vigentes.

Si en el ordenamiento jurídico hace falta una institución diferente a la unión marital de hecho para suplir las necesidades de LGBTI, la Corte no puede diseñar esa otra institución porque medidas que pueden ser convenientes en un tiempo determinado, pueden resultar inválidas, ya que ella carece de dicha facultad. Es al órgano representativo al que le atañe la manera como se puede regular ese tema y le está reservada la potestad de asignarle la denominación que estime apropiada y su alcance en cuanto a derechos y obligaciones.

En estas condiciones, el notario no puede autorizar la celebración del matrimonio entre parejas de la comunidad LGBTI, ya que él no es autoridad sino receptor de la voluntad de las partes y no puede dar ni impartir ordenes y, en función de lo que resolvió la Corte, los notarios, según han dicho, no han hecho más que cumplir con la orden de la sentencia antes mencionada.

Paradójicamente, se invade más el ámbito del legislador cuando no se accede a realizar el matrimonio civil, porque al no usar una institución ya existente, lo que hacen los notarios es crear una nueva institución jurídica con la capacidad de crear familia, en cambio, cuando se hace una aplicación analógica, se toma la institución existente para superar el déficit de la Corte Constitucional, que fue su propósito.

Se dijo también en la audiencia, que cuando un juez o un notario no acceden a celebrar o registrar un matrimonio del mismo sexo, no se estaban violando derechos fundamentales. Esto porque, primero, no sólo se requiere pedir el matrimonio civil, sino cumplir los requisitos para acceder

a él y estos derechos fundamentales sólo pueden ser exigidos en la medida en que quien los exija cumpla con los presupuestos normativos, establecidos democráticamente por el legislador; y que de acuerdo con el artículo 115 del Código Civil, en caso de faltar formas, solemnidades o requisitos esenciales ello no surtirá efectos jurídicos ni políticos (Colombia, Código Civil, 2015); y, segundo, porque están actuando conforme al ordenamiento jurídico y en caso de obligarlos a celebrar y registrar el matrimonio civil de parejas de la comunidad LGBTI, su actuación desembocaría en la tergiversación o eliminación de los elementos de la familia y el matrimonio que encuentran su fundamento en el artículo 42 de la Carta Política, tratados internacionales, y el Código Civil que reserva la institución del matrimonio para parejas heterosexuales.

Además, han dicho, se está confundiendo el principio de igualdad con el de la uniformidad, que no cabe en este contexto; lo que se debe buscar es dar la opción del ejercicio igualitario de todos los derechos de los colombianos. La Corte Constitucional ha dicho antes que la igualdad no consiste en la aplicación de las mismas medidas o consecuencias para todas las personas sin consideración de sus circunstancias específicas, sino en la igualdad de trato para situaciones iguales, que no aplica en el caso del matrimonio para parejas de la comunidad LGBTI y a falta de imperativo constitucional de darles el mismo trato, la analogía total no procede por la no procedencia de supuestos.

Se mencionó también la sentencia T-123 de 1993, en la que se hace alusión a que no toda desigualdad constituye una discriminación y que la igualdad sólo se viola si está desprovista de una justificación objetiva y razonable y que dicha justificación debe apreciarse según su finalidad, ya que debe haber relación entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pero es precisamente esa falta de justificación objetiva y razonable la que hace que se viole la igualdad; una cosa es diferenciar, y otra es diferenciar para discriminar que, en mi sentir, es el caso presente.

En defensa del Procurador General de la Nación, se afirmó que la intervención del Ministerio Público es en pro del interés general, el cual se manifiesta, entre otros, en la supremacía de la Constitución Política, respecto de los principios democráticos, de legalidad y de soberanía popular y que no está dirigido en contra de algún grupo de la colectividad. Por ejemplo, en la Circular 13 de 2013, el Procurador exhortó tanto al Congreso como al

Gobierno para terminar con el déficit de protección; al primero para legislar de manera sistemática y ordenada sobre las uniones maritales de hecho y en general sobre los derechos de las parejas de la comunidad LGBTI con el fin de eliminar el déficit de protección que las afecta; y al segundo, para presentar los proyectos de ley pertinentes que faciliten el cumplimiento de la orden 5 de la sentencia C-577 de 2011 o, en su defecto, si fuera necesario, proponer al Congreso un proyecto de referendo para someter a la voluntad del constituyente primario los objetos de la Constitución Política.

La contraparte alegó por un lado la inconveniencia de una aprobación del matrimonio igualitario por el bienestar de los niños y por ser la procreación uno de los fines del matrimonio y, por el otro, que la discusión no radicaba en igualdades, libertades o minorías, sino en la naturaleza humana. Afirmaron que si se tomara el matrimonio como igual en parejas de la comunidad LGBTI y en parejas heterosexuales, se tendría que concluir que hombre y mujer son idénticos, por lo que pueden sustituirse entre sí y que la idea de la paternidad compartida y complementaria carece de valor, porque solo se requieren dos adultos. Argumentaron además que nadie puede cambiar la psicología humana, que hombre y mujer son diferentes y que el desconocimiento de esa diferencia impondría una equivalencia deshumanizada. Estos argumentos fueron desvirtuados recientemente porque la Corte Constitucional determinó en la Circular N°50 del 4 de noviembre, que las parejas del mismo sexo están habilitadas para adoptar y que no puede negarse al niño la posibilidad de tener una familia en razón de la orientación sexual de los posibles padres (Corte Constitucional, 2015).

Dicho lo anterior, es importante resaltar que las normas del matrimonio y la familia consagradas en el Código Civil (1887) y en la Constitución Política (1991) no buscaban excluir a las parejas del mismo sexo conscientemente porque al momento de su expedición, las parejas del mismo sexo eran invisibles en el mundo jurídico. El matrimonio es la expresión, validación o legitimación pública de un compromiso personal entre dos personas y restringir esa posibilidad a las personas por su orientación sexual no es únicamente un asunto de déficit de derechos, sino que involucra una forma específica de violencia en la cual se excluye a un grupo de personas del espacio público. Colombia ha sido siempre un país de prejuicios hacia las personas de la comunidad LGBTI que ha sido móvil de asesinatos y abusos policiales, además de personas que las tratan como inferiores y encuentran



http://www.eltiempo.com/blogs-old/politicamente_incorrecto/Gay_matrimonio.jpg

eco en discursos que justifican el trato discriminatorio e indigno. La pregunta no debería ser porqué quieren ser iguales, sino porqué la insistencia en mantener un trato discriminatorio y porqué poner en tela de juicio su capacidad frente a otros.

Inconvenientes del vínculo contractual

El siguiente aspecto trata de mostrar cómo tomar el vínculo contractual como un contrato atípico e innominado, y no como un matrimonio civil, tiene consecuencias graves para las parejas del mismo sexo. Para empezar, un contrato innominado y atípico no modifica el estado civil y no se puede privar a un grupo so pretexto que no hay ley aplicable; habría que decir también que el estado civil es determinante no sólo en la seguridad jurídica de la persona sino también del país por lo que no puede dejarse a la deriva ni a la interpretación, conveniencia u oportunidad del titular de ese estado civil. Así mismo, las parejas que buscan fijar residencia o nacionalidad no podrían hacerlo con contratos diferentes al matrimonio, debido a que un contrato solemne innominado y atípico no tiene equivalencia en el derecho internacional privado y no es reconocido por terceros países migratorios.

Otro rasgo de los contratos innominados y atípicos consiste en que, al privar del nombre 'matrimonio' del contrato se les priva a los contrayentes del nombre de 'cónyuge', que funciona como hipervínculo que conecta sistemáticamente el ordenamiento jurídico con el fin de asignar derechos y deberes. El problema no es sólo el nombre, sino los efectos jurídicos que generan esas palabras.

Se debe agregar que un contrato innominado no establece sociedad conyugal ni tiene efectos en el régimen de sucesiones, porque no crea un régimen común de bienes, ni en reglas de constitución ni exclusión del deber social. Tampoco establece los deberes específicos de los contrayentes que son indispensables para garantizar la vocación de permanencia y el auxilio mutuo, obligaciones de tal magnitud que su incumplimiento constituye una causal de divorcio. Cabe señalar que carece de las competencias e instituciones para resolver controversias derivadas de separación de bienes, separación de cuerpos, el divorcio, la disolución del vínculo o las nulidades. El problema que se desprende de esto radica en que la ausencia de un conjunto de instituciones que garanticen con certeza la solución de conflictos es una grave violación del derecho de acceso a la justicia.

Los contratos innominados y atípicos no tienen la calidad de generar protecciones estatales como el derecho de no autoincriminación del cónyuge o los tipos penales que protegen a la familia como la inasistencia alimentaria o la malversación de bienes que se administren en el ejercicio de representación del cónyuge; además, delitos como el homicidio, el secuestro, la tortura y la violación realizados entre parientes, tienen como consecuencia su agravación. Es decir, al utilizar este tipo de contratos, no sólo se niegan protecciones estatales a parejas del mismo sexo, sino que, además, se desprotege al cónyuge víctima de alguno de los mencionados delitos.

Finalmente, los contratos atípicos e innominados no protegen la moralidad administrativa ni la imparcialidad de la función pública: el matrimonio es una causal de impedimento y recusación para el ejercicio de varios cargos públicos; de tal suerte que las normas relativas a los impedimentos y recusaciones no podrán aplicarse a parejas unidas mediante este tipo de contratos, ya que al ser normas de limitaciones de derechos políticos de ejercer cargos públicos, son taxativas, esto es, tanto en la legislación procesal civil como procesal administrativa y penal se considera la calidad de cónyuge como generador de conflicto de intereses particular y directo

del servidor público y de interés real propio de la función pública; por lo que es posible afirmar que la no existencia de cónyuges entre parejas de la comunidad LGBTI lesiona directamente al Estado.

Inclusión del matrimonio igualitario en otros ordenamientos jurídicos

Apartándonos por un momento del caso particular colombiano, es pertinente mencionar de manera sucinta las causales que permitieron el matrimonio igualitario en países como Estados Unidos, España y Sudáfrica, y las similitudes entre el caso colombiano y el brasileño.

Para comenzar, en Estados Unidos la Corte Suprema entendió que había una protección especial al debido proceso y a la igualdad de la que habla la Enmienda 14 que le permite a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio. En este caso la Constitución Federal no consagra un derecho al matrimonio, pero en virtud del Common Law la Corte Suprema puede reconocer derechos no enumerados en la Constitución sin afectar su texto.

En el caso de España, se habló de una institución como el matrimonio garantizada por la Constitución, además de un derecho que asiste a parejas homosexuales a contraer matrimonio; el artículo 32 de la Constitución Política de este país es un texto abierto en el que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, es decir, no se restringe a parejas heterosexuales, sino que da lugar a la interpretación.

Para el caso colombiano no sería viable seguir el proceso que se dio en los dos países anteriores, ya que en el primer caso, el Common Law faculta a la Corte Suprema a introducir derechos sin cambiar el texto constitucional, y en el segundo caso, el texto abierto da lugar a la interpretación; es decir, ninguno de los dos supuestos aplica en Colombia.

En el caso de Sudáfrica, la exclusión de parejas del mismo sexo contrastaba con los beneficios del matrimonio de las parejas heterosexuales tales como derechos, responsabilidades y el reconocimiento público, lo cual era manifiestamente inconstitucional. La ley era sub-incluyente; lo inconstitucional no era per se que las parejas heterosexuales pudieran casarse, sino que el matrimonio se limitaba a estas parejas mientras que las de la comunidad LGBTI se habían vuelto invisibles para el ordenamiento jurídico y el problema era cómo responder a esa invisibilidad. La Corte decidió de manera unánime que no permitir el reconocimiento público del amor y la intimidad de las parejas de la comunidad LGBTI ni brindarles el mismo soporte legal de las parejas heterosexuales constituían un claro resquebra-

jamiento de su dignidad. Así mismo, se concluyó que cualquier sugerencia de que los derechos de la comunidad LGBTI podrían resquebrajar el derecho de familia, era una mala interpretación de la naturaleza de éste que debe ser inclusivo y no exclusivo.

Se procedió entonces a buscar una solución, en la que la palabra matrimonio fue un punto central porque debía definirse si se igualaba con los heterosexuales por abajo o por arriba. Por abajo (la igualdad del cementerio), tanto homosexuales como heterosexuales no podían casarse sino que tendrían uniones civiles, solemnes y organizadas, pero los resultados en la práctica serían perversos para ambos tipos de parejas. Por arriba (la igualdad del viñedo), la solución se encontraba más fácil si se cambiaba la palabra “Esposo/ Esposa” por “cónyuge”, ya que es neutra en términos de género.

Para establecer legitimidad plena, reconocimiento y aceptación pública, la Corte Constitucional exhortó al Parlamento a realizar los cambios estatutarios necesarios para garantizar el casamiento de parejas homosexuales en el año siguiente a su pronunciamiento. Además, la Corte Constitucional sentenció que la palabra “cónyuge” sería incluida automáticamente en la ley del matrimonio si el Parlamento no aprobaba la legislación necesaria dentro del año propuesto. El Parlamento votó por inmensa mayoría a favor de una reforma o creación de una nueva ley en el que las relaciones domésticas fueran registradas como uniones civiles para heterosexuales con una provisión especial en ese estatuto que le permitía a las parejas homosexuales registrar sus uniones domésticas y decir “I marry you”. Desde ese día las parejas homosexuales han estado facultadas para casarse.

Otro punto importante en el proceso sudafricano, fue la coexistencia y no competencia entre la religión y la secularización ya que no sería beneficioso para la religión que las parejas homosexuales denunciaran fobia e intolerancia, se entendió que era otra visión y debía respetarse. Así, la misma Constitución que protege a las parejas homosexuales, protege también a las comunidades de fe que no creen en el matrimonio homosexual para no ser obligados a celebrar ese tipo de matrimonios. La Corte enfatizó en su respeto por la libertad religiosa, pero precisó que ella no puede ser un fundamento para determinar los derechos fundamentales de personas homosexuales.



<http://www.fundacionarcoiris.org.mx/wp-content/uploads/2016/04/matrigay.jpg>

El caso de Brasil es muy similar al de Colombia: el matrimonio se restringe a la pareja heterosexual; ambos han sufrido el silencio del legislador a la hora de regular el tema jurídico sobre la unión de parejas homosexuales; en uno y otro existen uniones de facto y matrimonio y en los dos hay incertidumbre sobre a qué categoría pertenecen las parejas de la comunidad LGBTI.

El simple hecho de que las Constituciones Políticas de ambos países sólo mencionen al matrimonio entre el hombre y la mujer no evita que se pueda extender a parejas homosexuales como asunto de interpretación. Para la Corte Suprema de Brasil, celebrar un matrimonio entre parejas homosexuales es la interpretación correcta, dado que hombres y mujeres son iguales. El derecho de familia debe ser entendido frente a la Constitución y ésta debe interpretarse desde sus propios principios para poder formar un concepto coherente; ésta interpretación debe ser amplia, ya que si es tímida o reduccionista se convierte en la manera más eficaz para hacer a la Carta Política ineficiente.

Cada vez que una autoridad rechace una solicitud de celebrar o registrar un matrimonio civil viola derechos fundamentales de las parejas del

mismo sexo porque les impone un daño real y directo. Lo mismo se puede predicar de una Corte Constitucional que no decide frente al tema del matrimonio y permite que los oficiales y tribunales inferiores creen nuevas formas de contratos, ya que con estos se genera incertidumbre jurídica.

Finalmente, las uniones de facto no tienen el mismo nivel de un matrimonio, pone a las parejas de la comunidad LGBTI en una situación inestable y las somete a muchos años de litigio o al rechazo cara a cara de las licencias matrimoniales por parte de los funcionarios. La única solución plausible, entonces, es el reconocimiento a la igualdad del matrimonio dado que no hay nada más inmoral de cara a la ley que negar la igualdad a las parejas homosexuales.

Órganos competentes para la regulación del matrimonio igualitario

Uno de los puntos centrales de la Audiencia Pública del 30 de julio 2015 fue la competencia de la Corte Constitucional para regular el matrimonio igualitario. Para ello se analizará el fuero de los órganos y funcionarios que han jugado un papel importante en dicha materia; se enunciarán de manera muy genérica las funciones de las Ramas Legislativa y Judicial y la función de los notarios.

En primer lugar, el Congreso de Colombia tiene ocho funciones de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 5ª de 1992: la constituyente, por la cual reforma la Constitución mediante actos legislativos; la legislativa, para elaborar, reformar y derogar leyes y códigos; la de control político, por la cual requiere y emplaza autoridades y conoce de las acusaciones contra altos funcionarios del Estado; la judicial, para juzgar a altos funcionarios del Estado; la electoral, para elegir Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Magistrados de la Corte Constitucional y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Defensor del Pueblo, Vicepresidente de la República, cuando hay falta absoluta; la administrativa, para establecer el funcionamiento y organización de él mismo; la de control público, para emplazar a cualquier persona natural o jurídica sobre hechos relacionados con las indagaciones que la Comisión adelante; y la de protocolo, para recibir a Jefes de Estado o de Gobierno de otras naciones.

La función legislativa del Congreso se refuerza mediante las facultades otorgadas en el artículo 114 de la Carta Política; así como en el numeral 1 del artículo 150 de la misma, según el cual le corresponde interpretar,

AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

reformular y derogar las leyes; al igual que en el numeral a del artículo 152, que lo faculta para regular los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección (Constitución Política de Colombia, 2015); y como se dijo anteriormente, en el numeral 2 del artículo 6° de la Ley 5 de 1992, según el cual le corresponde, en virtud de su función legislativa, elaborar, reformar y derogar leyes.

En segundo lugar, la solución de controversias que se suscitan frente a determinado derecho, le compete a los jueces por disposición constitucional. En cuanto a la Administración de Justicia el artículo 228 de la Cons-



<https://k60.kn3.net/taringa/D/D/A/8/8/B/villaquijano/FD1.jpg>

titución prevé que en las actuaciones de los jueces prevalecerá el derecho sustancial, es decir, aquel que consagra los derechos en abstracto; el artículo 229 consagra que toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia; y el artículo 230 dicta que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley (Constitución Política de Colombia, 2015).

Dentro de la Rama Judicial, se encuentra un tribunal especial, la Corte Constitucional a la que le corresponde la guarda de la integridad y su-

premacía de la Constitución Política, de acuerdo con el artículo 241 de la misma. Dentro de sus funciones, con el fin de cumplir con su deber constitucional, se encuentran decidir sobre la constitucionalidad de la legislación en general, sea de manera oficiosa o de manera provocada por cualquier ciudadano, revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales, entre otras (Constitución Política de Colombia, 2015).

En teoría, el Congreso en virtud de su función legislativa, debería elaborar —reformular y derogar leyes—, pero en la práctica se ha limitado a aprobar



http://globedia.com/imagenes/noticias/2016/4/8/colombia-paso-decisivo-aprobacion-matrimonio-gay_1_2349424.jpg

las leyes que la Rama Ejecutiva proponga; los jueces dirimen los conflictos que se susciten frente a un derecho y el Gobierno y el Congreso han trasladado sus funciones a los jueces, provocando una congestión judicial, que se traduce en la justicia tardía que se presenta en Colombia. También en teoría, la Corte Constitucional debería dedicarse a determinar la constitucionalidad o no de determinada ley y, en general, al cumplimiento de sus funciones constitucionales, pero en la práctica ha adoptado el papel de legislador positivo —y no de legislador negativo como le corresponde— lo que conlleva



http://www.vanguardia.com/sites/default/files/imagecache/Noticia_600x400/foto_grandes_400x300_noticia/2013/04/23/web_colp_016266_9_big_tp.jpg

una intromisión en la Rama Legislativa, que afecta el equilibrio de poderes, causando una amenaza a la democracia colombiana.

Siguiendo a Peña Huertas y Parada Hernández (2014), la necesidad de que el Congreso legisle surge de una sociedad excluyente que no se preocupa por los derechos fundamentales de sus ciudadanos, ya que los fallos de la Corte no son suficientes para que las minorías políticas puedan ejercer una ciudadanía efectiva; actualmente los miembros de la comunidad LGBTI que buscan hacer valer sus derechos, proferidos en las sentencias de la Corte, ven éstos postergados o negados por los funcionarios públicos que omiten el cumplimiento material de dichos fallos, que además hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano (Peña Huertas & Parada Hernández, 2014).

Por último, los notarios son otros funcionarios públicos que han desempeñado un papel fundamental en el tema aquí tratado. Su importancia radica en que la mayoría de ellos se han negado a hacer la anotación correspondiente en el registro civil, anotación que se requiere para terminar la formalización o protocolización del matrimonio civil impidiendo a muchas parejas llevar a cabo su cometido; esto con el argumento de la falta de normas positivas acerca del tema y de su falta de competencia para

determinar el alcance de la sentencia C-577 de 2011 (Hoyos & Mosquera Giraldo, 2013). Pero la protocolización no es realmente una solución, sino una “ciudadanía de segunda mano”, en palabras del abogado Germán Rincón Perfetti en la audiencia del 30 de julio de 2015; el fundamento de su argumento radica en que la protocolización de la unión no tiene verdaderos efectos jurídicos, es decir, hay una laguna legal en el tema que impide saber cuáles son las repercusiones que puede o no tener.

Aunque, según el Estatuto Notarial, los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y no tienen superior jerárquico, en la audiencia que tuvo lugar el 30 de julio de 2015, se denunció que la Procuraduría General de la Nación los amenazaba con la posible pérdida de su cargo frente a una realización del matrimonio igualitario. El problema fundamental es que el Procurador General de la Nación es el supremo director administrativo del Ministerio Público y le corresponde velar por los derechos de la sociedad colombiana según los artículos 275 a 279 de la Constitución Política (Constitución Política de Colombia, 2015). Sin embargo, el Procurador actual sobrepone sus creencias ante el interés general, causando graves perjuicios a la comunidad LGBTI. Así se afirmó en la audiencia y ya lo había expresado antes Moreno Mosquera:

La Procuraduría General de la Nación considera que la esencia estructural del concepto familiar colombiano sigue respondiendo aún a la injerencia doctrinal de la Iglesia católica [...], ya que aún se identifica la tradición social y cultural a la jefatura patriarcal, la constitución monogámica y heterosexual de la pareja. (2014, p. 122)

De la actuación de la Corte Constitucional se desprenden varios problemas, entre los cuales se encuentra la amenaza a la democracia. Como consecuencia de esa actuación, una ley expedida por un órgano incompetente da lugar no sólo a la invalidez de la norma, sino que podría dar lugar a que la norma sea inexistente y a la obvia inaplicación de ella evidenciada en muchos casos. La falta de competencia de la Corte para la creación de leyes ha tenido gran importancia en el problema del matrimonio igualitario en Colombia causando controversia frente al ámbito de aplicación de la sentencia C-577 de 2011, y ha servido de argumento para jueces y notarios que han inaplicado la norma, incluso cuando de manera expresa se les ordena la formalización y solemnización del vínculo contractual (Páez Ramírez, 2013).

AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

La principal consecuencia (o la más grave al menos) de la variedad de funciones que hoy desarrollan los funcionarios públicos y, en general, las ramas del poder público, es el desamparo que de ella se deriva para los miembros de la comunidad LGBTI. La falta de competencia del uno o la simple omisión de las funciones del otro no sólo muestran el poco respeto hacia el ciudadano, sino que de ello se desprenden otros hechos aún más graves, como lo es la discriminación y la constante amenaza a nuestra precaria democracia.

En resumen, se tiene un legislador que no legisla y un tribunal constitucional que toma su lugar, causando graves repercusiones para la comunidad marginada; como consecuencia de ello, jueces incompetentes para determinar el alcance de las sentencias de la Corte —en concreto la C-577 de 2011, para este caso— y notarios con el mismo problema, pero que además carecen de autonomía y están sometidos a la voluntad del Procurador General de la Nación.



<http://www.havanatimes.org/sp/wp-content/uploads/2016/04/matrimonio-gay-colombia.jpg>

Implicaciones de la regulación del matrimonio igualitario

Aunque para algunos resulta claro que el matrimonio igualitario es una meta a la que se debe llegar lo más pronto posible, existen otros que no comparten esta idea y están en contra de un matrimonio entre personas que se aman, solo por su orientación sexual. Si bien puede haber argumentos sólidos y bien fundamentados, la gran mayoría de ellos encuentran su base en la ideología de la Iglesia Católica o la protestante que en estos tiempos resultan retrógradas y casi siempre represivas.

Es claro que el matrimonio entre parejas del mismo sexo es un tabú en la moral religiosa. Y aunque esto no debería preocupar en un Estado como Colombia, mucha parte del ordenamiento jurídico está basado en esa moral que atenta contra el supuesto de que Colombia es un Estado laico. Sin embargo, el Procurador General de la Nación hace que se le reste seriedad al concepto de laicidad y al respeto por la diferencia (Moreno Mosquera, 2014).

Para algunas personas, la conexión entre religión y moral es una cuestión práctica centrada en asuntos morales particulares, razón por la cual se valen de las enseñanzas de las Escrituras y la Iglesia para tomar partido en dichos asuntos. El problema con esto reside en que ambas son ambiguas en muchos de los ejemplos que exponen; a esto se le agrega que en las Escrituras no hay respuestas específicas para los problemas morales de nuestra época debido a la diferencia entre éstos y los problemas presentes en las Escrituras. Lo que suelen hacer quienes usan como respaldo las Escrituras o la tradición eclesiástica es buscar en ellas argumentos que soporten una decisión que ya habían tomado (Rachels, 2006).

En resumen, las consideraciones religiosas no dan soluciones específicas a los problemas actuales. La moral es cuestión de razón y conciencia y es independiente de la religión (Rachels, 2006), por lo cual, utilizar la moral para argumentar un desacuerdo con el matrimonio entre parejas del mismo sexo demanda más que invocar una religión y argumentos sin sustento real, valga decir, hacer un proceso racional mediante el cual se puedan encontrar argumentos que sostengan su posición.

Además, el Estado Social de Derecho en Colombia elimina la noción de familia como medio —para constituir familia— y como fin —para procrear—. El significado de dicha noción depende de su objeto específico de regulación; se tiene una para seguridad social, otra para el derecho penal,

otra en materia de protección contra la violencia intrafamiliar, por mencionar algunos casos (Estrada Vélez, 2011). La Corte Constitucional, en la sentencia C-577 de 2011, aceptó también que:

[N]o existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo (Páez Ramírez, 2013, p. 233).

Diferente a lo estipulado en el ordenamiento, es el derecho a constituir una familia, y no el matrimonio, el que debe ser tomado como fundamental, por lo cual es el matrimonio el que se puede derivar del derecho a constituir una familia, no de manera inversa, para constituir así un derecho igualitario para todos. Siguiendo a Estrada Vélez:

Insistir en el matrimonio como derecho fundamental promueve dos situaciones ajenas al ordenamiento jurídico: la existencia de un derecho fundamental que solo se puede ejercer en atención a la condición de género y no en razón de la calidad de persona y el otorgamiento de la condición de derecho fundamental a la celebración del contrato matrimonial y no a la constitución de la familia (Estrada Vélez, 2011, p. 151).

El Estado Social de Derecho, entonces, abre paso a una nueva concepción de familia que favorece la igualdad para todas las personas sin importar su género, identidad o preferencia sexual. Concepción que ayuda, además, a adoptar una nueva perspectiva acerca del derecho fundamental que realmente requiere especial protección, el derecho a constituir una familia (Estrada Vélez, 2011). Esta perspectiva permite la inclusión e igualdad de toda persona ante la posibilidad de constituir una familia, sin exclusiones, a diferencia de aquella que considera al matrimonio como el derecho que requiere de especial protección, dando mayor coherencia al ordenamiento, incluyendo de manera efectiva los principios que se encuentran en la Carta Política y dejando atrás pensamientos discriminatorios que sólo atentan contra el buen desarrollo de la sociedad en la que vivimos y van en detrimento de la persona misma.

Como consecuencia de la desigualdad y discriminación que se deriva de la falta de regulación acerca de los derechos de los miembros de la comunidad LGBTI, la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera

favorable para dicha comunidad frente a la posibilidad de constituir una familia en sentencias como el reconocimiento de la unión marital de hecho, el beneficio de afiliar al compañero permanente al Sistema de Seguridad Social, la sustitución pensional al compañero permanente y la obligación alimentaria (Peña Huertas & Parada Hernández, 2014).

Es importante resaltar que la Corte Constitucional ha proferido fallos esenciales para la protección del compañero permanente entre parejas de la comunidad LGBTI, en especial si se toma en cuenta que en un principio la unión de hecho era un delito según el artículo 451 del Código Penal de 1890. Luego se pasó a un reconocimiento a los hijos nacidos en “amancebamiento”, término con el que se definía la unión libre en dicho Código, luego dejó de ser delito y después se reconocieron los derechos de la concubina, hasta llegar a lo que hoy conocemos como unión marital de hecho. La legislación buscó reglamentar dichas uniones para darles seguridad y consecuencia jurídica al patrimonio construido entre ambos compañeros durante el tiempo que convivieron juntos (Álvarez Mendoza, 2011). Las sentencias de la Corte juegan el mismo papel respecto de las parejas de dicha comunidad; se les reconocen derechos para una mayor seguridad, para que esa unión tenga efectos jurídicos y trata a las parejas homosexuales igual que a las heterosexuales.

Que la Corte Constitucional haya reconocido la unión de hecho para la comunidad LGBTI es un notable avance en los derechos de dicha comunidad; sin embargo estos fallos no son extendibles al matrimonio. Tal como lo explica Sergio Estrada Vélez, entre el matrimonio y la unión permanente entre las diferencias que se pueden resaltar se encuentran su forma de constitución (el primero por contrato, la segunda por libre decisión), y el estado civil que de ella se deriva (casado, para el primer caso, unión libre para el segundo); estas diferencias, no sustanciales, resultan insuficientes a la hora de justificar el tratamiento desigual en materia de protección de familia y derechos y obligaciones de las partes involucradas (Estrada Vélez, 2011).

La falta de regulación del matrimonio igualitario no sólo produce graves implicaciones para los miembros de la comunidad LGBTI, sino también para la sociedad colombiana en todo su conjunto, ya que un país “democrático” donde existen las desigualdades que tenemos y donde la discriminación hacia nuestros conciudadanos es algo que vemos como normal, difícilmente logra ser un país democrático y mucho menos un Estado Social de Derecho.

Contrario a lo que afirma Páez Ramírez (2013), no es posible interpretar que de la sentencia C-577 de 2011 se deriva un matrimonio civil para parejas del mismo sexo por las razones aducidas antes. La solemnización de la unión de hecho no equivale al matrimonio civil y no tiene ningún efecto legal porque no existe dicha figura en el mundo jurídico. Se toma una figura inexistente en el ámbito jurídico, sin garantías reales, para disfrazar la ausencia de protección y de intención del legislador para hacerse cargo de un asunto tan delicado como es proteger los derechos de los ciudadanos a quienes representa. Sin embargo este autor trae a colación dos aspectos muy importantes acerca de la solemnización de la unión marital de hecho: el primero, “la imposibilidad jurídica de regular mediante contratos innominados y atípicos la institución familiar”, y el segundo, la insuficiencia de dichos contratos para vencer formal y materialmente la carencia de protección de la comunidad LGBTI (Páez Ramírez, 2013, p. 232).

En el derecho privado, los contratos innominados o atípicos son permitidos siempre y cuando la voluntad de las partes no encuentre cabida en el ordenamiento jurídico establecido y no vaya en contra del orden público y las buenas costumbres (Páez Ramírez, 2013, pp. 246-247). Como el querer de las partes encuadra con el matrimonio civil y a la comunidad LGBTI se le ha reconocido el trato igualitario, no existe ninguna razón lógica para negar el matrimonio civil a miembros de esta comunidad.

Sin embargo, en Colombia existe un vacío legal frente al matrimonio igualitario y el legislador insiste en mantenerlo, o al menos no actúa para llenarlo. Ejemplo de ello es el artículo 113 del Código Civil, según el cual el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer (expresión que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011). Aunque con la sentencia C-821 de 2005 se acepten concepciones de familia diferentes a las tradicionales y con la C-577 de 2011 el artículo 42 de la Carta Política permita la formación de dichas familias por vínculos diferentes al jurídico, realmente el legislador no ha regulado sobre esta materia, causando discriminación en razón de su orientación sexual, ya que se les niega el derecho de libre decisión, de trato igualitario ante la ley, entre otros, aumentando las desigualdades.

La solución más razonable al problema de la discriminación por la falta de regulación es, tal vez, legalizar —en lugar de protocolizar— el



<http://estaticos.elperiodico.com/resources/jpg/0/4/activistas-favor-las-uniones-entre-parejas-del-mismo-sexo-manifestando-se-bogota-colombia-1460103511740.jpg>

matrimonio para parejas con cualquier orientación sexual, con el fin de minimizar las desigualdades y cumplir con los fines del Estado Social de Derecho, buscando una legalización con las mismas garantías que el matrimonio ya regulado; la solución no es dar un trato preferencial, ni distintivo a las parejas que están actualmente marginadas, es dar un trato igualitario a todos los ciudadanos para cumplir con los principios constitucionales; así lo han hecho numerosos países del mundo entero. De acuerdo con LGBTQ NATION, hasta la fecha se han unido a la aceptación del matrimonio igualitario Holanda (2001) Bélgica (2003) Sudáfrica (2006), México en algunas jurisdicciones (2009), Noruega (2009), Suecia (2009), Argentina (2010), Islandia (2010), Portugal (2010), Dinamarca (2012), Brasil (2013), Francia (2013), Uruguay (2013), Inglaterra (2014), Groenlandia (2015), Luxemburgo (2015), Nueva Zelanda (2013), España (2005), Gales (2014), Canadá (2015), Estados Unidos (2015) (LGBTQ NATION, 2015) y La Vanguardia agrega a Irlanda (2015) (VangData, 2015).

Ahora bien, es importante aclarar que el derecho no transforma una sociedad y que la sola introducción de una norma jurídica al ordenamiento no eliminará por sí sola la discriminación, pero es al menos un primer paso para buscar mayor igualdad y, por lo menos, tener garantías reales y no simples expectativas. Pero es precisamente el cambio que ha contem-

plado la sociedad colombiana el que amerita una regulación en el tema del matrimonio igualitario. También es importante mencionar que la exclusiva regulación del matrimonio tradicional no genera por sí sola discriminación. Son el tratamiento preferencial que recibe y la ausencia de regulación de matrimonio “no tradicional” los que alteran el equilibrio en el trato a los ciudadanos.

Sin embargo, como el derecho se debe acoplar a la sociedad en la que se desarrolla, es necesario, y no optativo, a raíz de los cambios sociales que se han dado en el país, que el Congreso de Colombia se apropie de su papel y ejerza sus funciones constitucionales, expidiendo una ley que dé un trato igualitario —no preferencial— a las parejas que no encuentran lugar en el ordenamiento jurídico. Negarles el matrimonio civil a parejas de la comunidad LGTBI equivale a hacer una distinción que Páez Ramírez clasifica en cuatro categorías sospechosas de discriminación: el origen familiar, el sexo, la orientación sexual y la identidad de género de las personas (Páez Ramírez, 2013, p. 237).

Otra posición que se opone al matrimonio igualitario, y con la que no estoy en total desacuerdo, en especial por la solución que propone, es aquella según la cual son las parejas del mismo sexo las conservadoras por buscar una de las instituciones más conservadoras en la vida jurídica (el matrimonio), por lo que deben buscar otra que se ajuste a sus necesidades. Esto no significa que se deba dejar a las parejas del mismo sexo sin protección, sino que la institución del matrimonio ya está agotada y que se requiere de otra que proteja tanto a sus contrayentes como a los bienes que de ella se deriven, que son los principales rasgos que se deben cubrir. Esta solución es plausible siempre que la nueva institución proteja de manera efectiva a estas parejas y que ese amparo surta efectos a nivel nacional e internacional, es decir, que pueda tomarse como matrimonio en los países que así lo disponen.

La justificación de una nueva institución reside en que, como ya se dijo antes, el derecho debe acomodarse a las condiciones en las que se desarrolla; así se hizo con la hipoteca, luego cuando no bastaba la garantía sobre la tierra surgió la prenda para la garantía sobre bienes muebles y cuando éstas resultaron insuficientes, se consagraron las garantías personales. La creación de esta nueva institución, como se dijo anteriormente, corresponde al Congreso únicamente y, mientras no se modifique la Constitución

en materia de fuentes del derecho, se debe respetar que éste proviene de la Rama Legislativa. De esta manera, la Corte Constitucional debe limitarse a optar por las soluciones que el ordenamiento jurídico le permite.

Conviene subrayar que dicha institución sólo resulta aceptable si, además de todas las garantías constitucionales con las que debe contar, es asimilable por analogía al matrimonio en los países en que este exista y que no genere conflictos con él; teniendo así garantías iguales para las parejas del mismo sexo tanto en Colombia como en otros países del mundo.

Conclusión

Aunque la investigación se limitó al territorio colombiano, y la literatura sobre el tema es reducida, es posible observar, con la información bibliográfica y jurisprudencial recolectada, la falta de regulación acerca del matrimonio igualitario en Colombia y cómo ella genera discriminación. Además, con los resultados obtenidos, es posible evidenciar cómo el matrimonio igualitario se busca en teoría, pero en la práctica instituciones con tanto poder como la Iglesia católica y el Procurador se configuran como un obstáculo para su realización.

En síntesis, la ausencia de regulación del matrimonio igualitario en Colombia da lugar a una discriminación en razón del sexo, la orientación sexual y la identidad sexual de los potenciales contrayentes, lo que implica una discriminación directa hacia la comunidad LGBTI. A la fecha, no hay una ley que los proteja de manera integral, y aun cuando la Corte Constitucional ha promovido de manera notable sus derechos, se requiere de la actuación del Congreso de Colombia para que no existan problemas de competencia que resultarán perjudiciales para los miembros de dicha comunidad.

La discriminación se da, además, porque la Corte ha aprobado una “solemnización de un vínculo contractual”, que no es más que la formalización de la unión de hecho y que, al no estar regulada en nuestro ordenamiento jurídico, carece de efectos jurídicos y de garantías reales. Además, se estableció un contrato innominado y atípico sin ninguna razón lógica, ya que los efectos jurídicos y la voluntad de las partes se encuentra en perfecta armonía con el matrimonio civil, por lo que la salida lógica es la aprobación de éste.

Finalmente, es recomendable observar el proceso que otros países han tenido para la aprobación del matrimonio igualitario y, mediante el Derecho

comparado, buscar el proceso adecuado para lograr una mayor inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano y lograr el objetivo principal de este artículo que es un matrimonio civil, o una institución con las mismas garantías dentro y fuera del país, que no discrimine en razón del sexo, la orientación o la identidad sexual. Con la inclusión de alguna de estas dos alternativas al ordenamiento jurídico colombiano, se ayudaría a consolidar el Estado Social de Derecho, ya que se alcanzaría un mayor grado de igualdad; se reconocerían y legitimarían las minorías reforzando la democracia y se aumentarían las libertades de los colombianos al brindarles la posibilidad de conformar su familia mediante el vínculo —sea el natural, en los términos de la Constitución Política, sea el jurídico— que consideren idóneo y no mediante aquel que un tercero, ajeno a sus necesidades, les imponga.

Referencias

- Álvarez Mendoza, E. L. (2011). Normas y reconocimientos jurisprudenciales en la relación de pareja en unión de hecho. *Saber, Ciencia y Libertad*, 6(1), 61-71.
- Bayefsky, A. F. (1990). El Principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional. *Human Rights Law Journal*, 11(1-2), 1-34.
- Elespectador.com. (30 de Julio de 2015). "Venimos ante la Corte para denunciar la persecución de la Procuraduría contra la comunidad LGBTTI". Recuperado el 28 de Noviembre de 2015, de El Espectador: <http://goo.gl/SbN0r6>
- Estrada Vélez, S. (2011). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. *Revista de Derecho*, (36), 126-159.
- Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. (A. de Cabo, y G. Pisarello, Eds.) Madrid: Trotta.
- Hoyos, L. M., y Mosquera Giraldo, A. (2013). Tipología de familia homosexual: Debate jurídico actual y mirada en la comunidad estudiantil universitaria de la IUE. *Nuevo Derecho*, 8(12), 9-25.
- LGBTQ NATION. (26 de Junio de 2015). Marriage Equality. Recuperado el 2 de Noviembre de 2015, de LGBTQNATION: <http://www.lgbtqnation.com/tag/gay-marriage/>

- Moreno Mosquera, V. J. (2014). Matrimonio y adopción: dos instituciones en transformación familiar a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana a favor de las parejas LGBTI. *Nuevo Derecho*, 10(15), 113-128.
- Páez Ramírez, M. (2013). La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (31), 231-257.
- Peña Huertas, R. d., y Parada Hernández, M. M. (2014). Tensión entre la democracia inclusiva y la mayoría: el matrimonio igualitario en el Congreso Colombiano. *Revista de Derecho*, (42), 65-95.
- Rachels, J. (2006). *Introducción a la Filosofía Moral*. (G. Ortiz Millán, Trad.) México, D. F: Fondo de Cultura Económica.
- República de Colombia. (2015). *Código Civil (35ª ed.)*. Bogotá D.C: Legis.
- República de Colombia. (2015). *Constitución Política de Colombia (34ª ed.)*. Bogotá D.C: Legis.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1993, marzo). Sentencia T-123 de 1993. M. P. Naranjo Mesa, V., Santafé de Bogotá D.C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1995, febrero). Sentencia C-029 de 1995. M. P. Arango Mejía, J., Santafé de Bogotá D. C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1999, enero). Sentencia T-011 de 1999. M. P. Beltrán Sierra, A., Santafé de Bogotá D.C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2005, agosto). Sentencia C-821 de 2005. M. P. Escobar Gil, R., Bogotá, D. C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2007, febrero). Sentencia C-075 de 2007. M. P. Escobar Gil, R., Bogotá D. C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2007, octubre). Sentencia C-811 de 2007. M. P. Monroy Cabra, M. G., Bogotá D. C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2008, abril). Sentencia C-336 de 2008. M. P. Vargas Hernández, C. I., Bogotá D. C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2008, agosto). Sentencia C-798 de 2008. M. P. Córdoba Triviño, J., Bogotá D. C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (2011, julio). Sentencia C-577 de 2011. M. P. Mendoza Martelo, G.E., Bogotá D. C.
- República de Colombia. Corte Constitucional (30 de Julio de 2015). Audiencia Pública sobre unión de parejas del mismo sexo. Bogotá, D.C. Disponible en: <http://goo.gl/sEgZfW>

AMBIENTE JURÍDICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS - UNIVERSIDAD DE MANIZALES

- República de Colombia. Corte Constitucional. (4 de Noviembre de 2015). Comunicado No. 50. Recuperado el 7 de Noviembre de 2015, de Corte Constitucional: <http://goo.gl/qA7IVv>
- VangData. (27 de Junio de 2015). ¿En qué países es legal el matrimonio homosexual? Recuperado el 2 de Noviembre de 2015, de La Vanguardia.com: <http://goo.gl/JRNBW4>
- Velandía Mora, M. A. (16 de Noviembre de 2002). Unión homosexual. Obtenido de Semana: <http://www.semana.com/on-line/articulo/union-homosexual/55047-3>.