

MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA CONFORMACIÓN DE LA FAMILIA EN EL MARCO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN COLOMBIA

Esteban Mejía Gallego¹
Cristian Mesa Rivas

Resumen

En el presente escrito presentamos algunas consideraciones respecto de la problemática, aún vigente, del derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo en Colombia, a pesar de los pronunciamientos que ha realizado al efecto la Corte Constitucional. En atención a los principios constitucionales, a los fundamentos entregados por la misma Corte y a la omisión legislativa en que ha incurrido el Congreso de la República, señalaremos de forma crítica y a modo de hallazgo, si esta omisión ha promovido una re-discriminación a las comunidades LGBTI+ en Colombia, resultando en una posible obstaculización para la conformación de la familia y el acceso a la justicia a través del matrimonio igualitario.

Palabras clave: Discriminación, conformación de la familia, igualdad, matrimonio igualitario, iniciativa legislativa, acceso a la justicia.

¹* Este trabajo es producto de la actividad de investigación del Curso de Profundización de pregrado “La conformación de la familia en Colombia”, Semestre 2019 -2. Estudiante de décimo semestre de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Antioquia.
Estudiante de décimo semestre de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Antioquia.

Abstrac

In this brief, we present some considerations regarding the problem, still in force, of the right to marry people of the same sex in Colombia, despite the pronouncements made to that effect by the Constitutional Court. In attention to the constitutional principles, to the grounds provided by the Court itself and to the legislative omission in which the Congress of the Republic has incurred, we will point out critically and by way of finding, if this omission has promoted re-discrimination to the communities LGBTI + in Colombia, resulting in a possible obstacle to the formation of the family and access to justice through equal marriage.

Keywords: Discrimination, family formation, equality, equal marriage, legislative initiative, access to justice.

Índice

Resumen	1
Índice.....	3
Introducción	4
Papel del tribunal constitucional en el reconocimiento de derechos minoritarios.	Error! Bookmark not defined.
Una mirada al matrimonio igualitario a través de la legislación foránea.....	8
Matrimonio en Colombia.....	12
Regulación normativa.....	12
Conformación de familia.....	16
Materialización del derecho.....	19
Conclusiones.....	22
Referencias bibliográficas.....	25

Introducción

El artículo 113 del Código Civil colombiano establece que “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente” y, tanto en la demanda de inconstitucionalidad identificada con el número D-8367, como en la radicada bajo el número D-8376, los respectivos actores cuestionan las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear”, por considerarlas contrarias a la Constitución, dado que impiden contraer matrimonio a parejas conformadas por personas del mismo sexo.

La Corte manifiesta luego de su análisis, la necesidad de que las parejas del mismo sexo puedan contar con la posibilidad de realizar un contrato que permita formalizar su vínculo matrimonial, para formar una familia con mayores expectativas que las surgidas por la unión de hecho. Resalta la Corte que la potestad para regular dicha figura le pertenece al legislador, ya que, al no declararse la inconstitucionalidad de la normativa acusada, no existen posibilidades de que la Corte proceda a fijar su alcance, por lo cual exhorta al Congreso de la República para que realice un análisis del tema y posteriormente expida una ley que regule sistemáticamente una alternativa contractual a la unión de hecho.

Resalta la Corte que, en concordancia con la interpretación constitucional, es totalmente clara la atribución de las parejas del mismo sexo al concepto de familia, simplemente existe la necesidad de crear una figura contractual que les permita constituir una unión familiar derivada de un vínculo jurídico, es por ello, que, obedeciendo al principio democrático, le pertenece al Congreso de la República como máximo representante de la voluntad popular regular dicha situación.

Lo llamativo de lo anterior, es que bajo dicha facultad de la Corte para asegurar el cumplimiento de las garantías constitucionales, ésta encuentra necesario en determinadas situaciones, exigir a los otros poderes estatales acciones respecto de temas específicos, como se puede observar en este caso cuando exhorta al Congreso de la República a que legisle de manera sistemática y organizada sobre las parejas homosexuales, e incluso le

estipula una fecha para hacerlo, con el imperativo de que en caso de no cumplir lo ordenado en el término estipulado, se procederá con la posibilidad de que dichas parejas puedan acudir ante un Notario o Juez para solemnizar y formalizar su vínculo contractual, esto es, que no simplemente le exige un deber de actuar, sino, que le obliga a hacerlo bajo un término específico.

Nos planteamos responder a la siguiente pregunta en el presente artículo ¿La omisión legislativa efectuada por el Congreso de la República al existir un exhorto de la Corte Constitucional para que regule el matrimonio de parejas del mismo sexo representa una discriminación y un obstáculo para una de las maneras de conformar familia en Colombia?

Es necesario analizar esta problemática desde la perspectiva del papel de un tribunal Constitucional en el reconocimiento de derechos de grupos minoritarios, ya que, aunque exista un pronunciamiento posterior de la Corte en la Sentencia SU 214 de 2016, en el cual se otorgan mayores garantías para que se puedan celebrar las uniones entre parejas del mismo sexo, existen decisiones judiciales que niegan la conformación de este tipo de uniones, así exista un precedente constitucional, esta situación se ha percibido de una forma similar en algunos países en los cuales se ha regulado este tipo de matrimonio como España o Estados Unidos, cuando solo existían decisiones judiciales y no una regulación que lo permitiera, es por ello que estudiaremos si la omisión legislativa por parte del Congreso de la República representa una re-discriminación a las comunidades LGBTI, resultando en una posible obstaculización para la conformación de la familia en Colombia para las parejas del mismo sexo.

Papel del tribunal constitucional en el reconocimiento de derechos a grupos minoritarios

De lo enunciado se desprende que la Corte Constitucional bajo el argumento de interpretar y garantizar los derechos constitucionales, se inmiscuye en el ejercicio de las actividades de las otras ramas del poder, ello es así, por cuanto el derecho, las sociedades, las culturas, los contextos, los tiempos y las formas de ver el mundo son cambiantes y van

evolucionando con el paso del tiempo, por tal razón es acertado, incluso necesario, que la Corte pueda interpretar y decidir sobre los nuevos alcances de las disposiciones constitucionales, en aras de proteger los derechos y principios de la Carta, especialmente de las comunidades más desprotegidas. Por ello nos parece importante destacar el papel del activismo judicial y su constante tensión con la democracia, teniendo en cuenta la problemática anterior, nos parece importante resaltar un apartado del texto Activismo judicial versus gobierno democrático escrito por Hans Rudolf:

Cuando los jueces están autorizados a derogar las decisiones mayoritarias de los representantes del pueblo, elaboradas en discusiones muchas veces arduas, la pregunta que se suscita es si la excesiva judicialización no supone de alguna forma una erosión del gobierno democrático. La *judicial review* es así criticada no solamente por no gozar de legitimidad democrática, sino también porque se piensa que no hay ninguna razón para suponer que los derechos están más protegidos a través de la práctica judicial que a través de una asamblea legislativa elegida democráticamente. (Rudolf, 2010, p.184)

Es importante resaltar la cita anterior, ya que podemos enfatizar esta problemática en el ordenamiento jurídico colombiano, en el cual a lo largo de la historia se han presentado dificultades para establecer mecanismos de representación política minoritarias, lo cual se puede percibir en el desconocimiento de determinadas realidades en el ordenamiento jurídico colombiano, esta situación ha incrementado a lo largo de la historia el impacto del juez constitucional en Colombia, ya que en comparación con otras vías legales, resulta favorable en la búsqueda del reconocimiento de derechos minoritarios, esto ha motivado a los grupos sociales a emplear este tipo de estrategias jurídicas para intentar cambiar una realidad social y política en Colombia.

Rodrigo Uprimny y Mauricio García Villegas plasman adecuadamente este contexto histórico colombiano cuando escribieron el artículo “Corte Constitucional y emancipación Social en Colombia”, de la cual podemos resaltar el siguiente apartado:

Una intervención activista de la Corte para desarrollar los componentes progresistas de la Constitución no hubiera sido necesaria si las propias fuerzas políticas hubieran acometido tal

tarea. Sin embargo, lo que sucedió fue que muchos de los actores sociales y políticos que dominaron la Asamblea Constituyente de 1991 se debilitaron, en forma considerable y rápida, en los años posteriores. Así, la AD-M19, que recibió 27% de votos para la Constituyente, cuatro años más tarde prácticamente había desaparecido del panorama electoral. Por su parte, el Movimiento de Salvación Nacional, una disidencia del partido conservador, que obtuvo 15% de los votos en esa oportunidad, también disminuyó considerablemente su caudal electoral en los años siguientes. En tales circunstancias, las fuerzas que han dominado el Congreso y el panorama electoral desde 1992, si bien no son claramente enemigas de la Constitución de 1991, que recibía un respaldo ciudadano creciente, sin embargo, no se sentían tampoco comprometidas en desarrollarla (Uprimny & García, 2004, p.18)

Es notorio que con el transcurrir de los años la Corte ha venido desarrollando diferentes aspectos relacionados con los derechos de la comunidad homosexual, tales como reconocimientos pensionales y otros derechos que se derivan de la unión marital de hecho, lo cual se puede observar mediante las que regulan de una manera general dichos aspectos, con miras a proteger los mandatos y principios constitucionales.

Esto es, que el activismo judicial que realiza este máximo tribunal va dirigido a lograr una evolución en las leyes e interpretaciones de las mismas que generen una transformación social, por tal motivo consideramos que el ejercicio del activismo judicial en el caso colombiano, surge de una necesidad, por cuanto se puede observar el evidente rechazo de un mayoritario sector de la población para que se puedan otorgar determinados derechos a grupos minoritarios como las parejas del mismo sexo, lo cual a nuestra consideración, ocasiona que un órgano de carácter democrático como el Congreso, no tenga en cuenta la importancia de otorgar determinados derechos a grupos marginados.

Esto se deriva en que dichos grupos que, no encuentran soluciones en la actividad política, tengan que acudir a mecanismos como la acción pública de constitucionalidad como un ejercicio de control político.

Es por ello que resaltamos la labor del juez constitucional colombiano, ya que resulta necesario adecuar las normas a las realidades, teniendo en cuenta las necesidades que se

van presentando en la actualidad, es por ello que se observa una labor activista resaltable del tribunal constitucional, labor que podemos percibir en la interpretación, limitación y creación de derechos como respuesta a una necesidad de garantizar determinados derechos omitidos por los poderes estatales, más aún si tenemos en cuenta el carácter dinámico del derecho.

Por tal motivo es que la Corte se refiere a las omisiones legislativas como por ejemplo en la sentencia C-522 de 2009, al respecto de las omisiones legislativas relativas manifiesta que:

... se presentan en aquellos casos en los que efectivamente existe un desarrollo legislativo vigente, pero él mismo ha de considerarse imperfecto, puesto que excluye de manera implícita un elemento normativo concreto que en razón a la existencia de un deber constitucional específico, tenía que haberse contemplado al desarrollar legislativamente la materia, por lo que, resulta posible ocuparse de estas omisiones legislativas, pues existe un precepto legal sobre el cual pronunciarse, y es factible llegar a una conclusión sobre su exequibilidad a partir de su confrontación con los textos constitucionales de los que emanaría el deber incumplido por el legislador. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-522,2009)

Para este caso en concreto, la Corte menciona que existió una omisión legislativa “sin intención”, toda vez que no le era dado al Constituyente de 1991 prever este tipo de situaciones en su momento, por cuanto como ya mencionó antes, las realidades de la comunidad homosexual no eran tan visibles para entonces como lo son ahora, y debido a esta evolución en nuestra cultura y realidad se hace necesario replantear los alcances y las interpretaciones de la Carta, entendiendo que por no ser de su competencia, exhorte al Congreso, como órgano competente para que legisle respecto al tema y así de este modo lograr efectivamente la garantía de los derechos fundamentales de estas personas enmarcados en la Constitución Política.

Una mirada al matrimonio igualitario a través de la legislación foránea.

El concepto de familia y las regulaciones respecto de las diversas instituciones que permiten su conformación, como el caso del matrimonio, han afrontado importantes problemáticas, ya que esta institución en la mayoría de las sociedades ha estado entrelazada

con la religión y las costumbres adquiridas en determinadas sociedades. Con este capítulo se pretende hacer un breve rastreo de las dificultades que han tenido algunos ordenamientos jurídicos en el mundo, al afrontar la tarea de regular el matrimonio de parejas del mismo sexo, haciendo énfasis en los ordenamientos jurídicos con más desarrollo en el reconocimiento de derechos de la población LGTBI.

El libre desarrollo de la persona supone su pleno desarrollo personal y familiar, y esta puede elegir libremente la opción del matrimonio; y supone además el desarrollo en plenitud de su sexualidad, sin que sea un obstáculo para el ejercicio de sus derechos, la opción sexual elegida.

La intimidad personal y familiar, la libertad del individuo, incluso su propia dignidad están involucrados en el derecho al matrimonio. La identidad sexual es uno de los rasgos que definen y configuran la personalidad de cada persona. Reconocer o no un derecho constitucional de manera diferenciada atendiendo a la condición sexual resulta, cuando menos, de difícil justificación constitucional. (Sánchez, 2016, p.224)

Holanda es el país reconocido a nivel internacional como el pionero en el reconocimiento del matrimonio a parejas del mismo sexo, sin embargo, el panorama no fue tan claro y afrontaron diferentes transformaciones, ya que el primer acercamiento fue en 1993, cuando se les permitió realizar un contrato privado que tenía efectos patrimoniales. En el año 2000 se aprobó una ley que se denominó como “Ley de Acceso al Matrimonio”, la cual dotaba de los mismos efectos patrimoniales, e incluso en cuestiones de adopción que las parejas heterosexuales, cabe resaltar que uno de los requisitos era que al menos uno de los integrantes de la pareja debía residir en Holanda o tener nacionalidad holandesa.

El papel de Holanda en el reconocimiento del derecho al matrimonio sin establecer criterios discriminatorios fue un gran avance y ejemplo para los países europeos, ya que posteriormente algunos tomarían sus leyes como guías para la legalización del matrimonio igualitario.

Holanda, en el año 2000, aprobó la ley que sería precursora de los derechos de las parejas homosexuales en ámbito comparado. Con ella, por primera vez, se permitió que dos personas

del mismo sexo pudieran contraer matrimonio civil. A pesar de que, como apuntábamos, su Constitución no lo incorpora entre sus derechos, la prohibición de discriminación «por cualquier consideración» (art. 1) y el respeto a su vida privada (art. 10) fueron los contenidos constitucionales que probablemente sirvieron de base para aprobar este tipo de regulación (Sánchez, 2016, p.233)

El primer país de habla hispana en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo fue España, con una legalización que tiene sus propias particularidades, ya que fue el primero en reconocer esta figura jurídica sin ningún tipo de restricciones, se hizo a través de una reforma al Código Civil y no se creó ningún tipo de ley adicional para regular esta situación, sino que simplemente lo consideró como un derecho de la esfera personal, el cual no debería obedecer a cuestiones de sexo o creencias.

Tras años de espera y tímidos intentos de regulación de las parejas homosexuales por distintas comunidades autónomas, el legislador aprobó la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Con esta ley, se reconocía por primera vez un derecho al matrimonio estrictamente de carácter personal, esto es, como el derecho de la persona a contraer matrimonio con otra, independientemente de su elección, sin distinción por orientación sexual -un ejemplo que seguiría años después Suecia en su aprobación del matrimonio homosexual, en 2009. (Sánchez, 2016, p.225)

En el caso de Estados Unidos, al tener cada Estado cierta autonomía para la toma de decisiones legislativas, existían muchas diferencias en cuanto al tratamiento que le daban al matrimonio igualitario, este escenario creó mucha controversia a nivel nacional ya que estados como Vermont o Nueva Jersey decidieron legalizar este tipo de uniones, lo cual generó malestar en otros sectores que consideraban que esta legalización era contraria a la ley federal del país. Esta controversia fue resuelta en el año 2015 por el Tribunal Supremo, el cual decidió mediante una enmienda a la Constitución, no permitir que algunos Estados se nieguen a admitir el matrimonio igualitario.

Finalmente, ha sido el Tribunal Supremo americano quien ha terminado por reconocer el matrimonio homosexual y ha anulado la capacidad de los Estados para prohibirlo, al consagrarlo como un derecho extraído de su Constitución Federal de 1787.

En su Sentencia de 25 de junio de 2015, Asunto Obergefell vs. Hosges, la Corte recurre a la Enmienda Catorce a la Constitución de Estados Unidos y declara que la Constitución no prohíbe que los Estados permitan a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio en los mismos términos y condiciones acordadas a las parejas de sexos contrarios (Sánchez, 2016, p.249).

En Latinoamérica se destaca el papel de Argentina, ya que el 15 de julio de 2010, se convirtió en el primer país de Latinoamérica en aprobar el matrimonio igualitario. Lo hizo mediante la ley de matrimonio igualitario, la cual establece que el matrimonio civil tendrá los mismos requisitos y efectos sin establecer un criterio discriminatorio si los contrayentes son de igual o distinto sexo, esto permitió que se permitieran otros derechos de las parejas heterosexuales como el de la adopción.

Es evidente las dificultades que han pasado varios países en la legalización del matrimonio igualitario, algunos han optado por regular este tipo de unión de una manera adicional, otros lo han reconocido vía tribunales o jurisprudencia, los cuales han dado lugar a una regulación posterior, países como España han asumido que el matrimonio hace parte de la esfera personal del individuo, esto sin establecer criterios diferenciadores dependiendo del sexo, este es el argumento más acertado para evitar que se discrimine a las parejas del mismo sexo, ya que no se estaría ante la creación de leyes especiales o esperando que se tomen decisiones judiciales como lo es en el caso de Colombia.

El escenario que enfrentaron los países descritos es similar al que se vive en Colombia, ya que el único que se atrevió a reconocer este derecho fue en principio el Tribunal Constitucional, lo cual ha dado lugar a una situación de confusión para los que deben aplicar este derecho, por este motivo la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para que regulara el matrimonio entre parejas del mismo sexo, lo cual hasta la fecha no ha ocurrido.

Lo rescatable de este escenario, es que en otros países se vivió una situación similar en la legalización de esta figura jurídica, con la salvedad de que esta coyuntura se presentó hace más de veinte años en la mayoría de los países. El Congreso debe realizar un desarrollo normativo y tomar como guía la labor del legislador en España.

Para alcanzar su propósito, el legislador podría haber elegido otras opciones, pero decidió hacer una ley valiente, desde la igualdad y la no discriminación y en respeto a los derechos. Una ley que reconoce que el derecho al matrimonio, como derecho de la esfera personal que es, debe entenderse extendido a «toda persona» para llevarlo a cabo con quien aquella escoja, en respeto a su vida familiar y personal, con independencia del sexo de ambas (Sánchez, 2016, p.226)

Matrimonio en Colombia

Regulación normativa

La legislación en Colombia tiene una estructura en función de las especialidades o ámbitos normativos que se pretenden regular, así tenemos diferentes leyes o códigos que se encargan de abordar diferentes áreas susceptibles de ser normadas, por ejemplo, el derecho civil, laboral, penal, penal militar, público, etc. Sin embargo, existe una norma rectora que ha sido expedida en 1991 a través de una asamblea constituyente, es así, que toda la legislación debe atender a sus disposiciones, o por lo menos, no contradecirlas.

La Constitución Política de Colombia de 1991 plantea los pilares del Estado colombiano, en ella se plasman los derechos fundamentales, las obligaciones y deberes de los ciudadanos e igualmente los pilares sobre los que se ciñe el Estado Social de Derecho, al tratarse de una norma rectora de carácter general, permea a toda la legislación colombiana compuesta por códigos, normas, sentencias, entre otras.

Respecto al matrimonio y su vínculo inherente con la familia, a pesar de que han sido objeto de diversos instrumentos de legislación a nivel histórico, encontrando leyes de hasta

un siglo de antigüedad, hoy en día la Constitución Política la contempla en el siguiente sentido “ARTICULO 42. 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 (...)”. (Const. 1991, art. 42)

De esta forma la norma eleva a la familia al nivel de un derecho fundamental, reconociéndola como piedra angular de la sociedad a través de la decisión libre de un hombre y una mujer que manifiestan de forma inequívoca su voluntad de acudir al matrimonio como institución contractual y jurídica.

El Código Civil colombiano es el encargado de regular los detalles del matrimonio como institución contractual propia del derecho civil, los siguientes artículos han sido tomados como los más pertinentes para el objeto de estudio del presente trabajo: “ARTÍCULO 113. <DEFINICIÓN>. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. (Código Civil, 1887)

Como estructura formal el matrimonio se plantea como un contrato igual a cualquier otro, con un objeto, partes y solemnidades manifestadas a través de la voluntad expresando su deseo de contratar, se plantea en el Código, en principio, sujetos cualificados para acceder a esta figura, en el entendido de que el tenor literal de la norma nos da un supuesto bajo el cual un hombre y una mujer son exclusivamente quienes se constituyen en matrimonio.

En el siguiente artículo de la misma norma, es más descriptivo con la figura del matrimonio en cuanto prescribe el procedimiento mediante el cual puede ser formalizado como contrato y vínculo jurídico:

ARTICULO 115. <CONSTITUCIÓN Y PERFECCIÓN DEL MATRIMONIO>. El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su

celebración se contraviniera a tales formas, solemnidades y requisitos (...) (Código Civil, 1887)

Este artículo denota un doble enunciado, tal es el primero en el que se describe el perfeccionamiento del contrato derivado del matrimonio en sí, el segundo es negativo en cuanto establece la nulidad de los efectos civiles y políticos del matrimonio que no se ajuste a derecho según las formalidades exigidas por la figura, las cuales deben ser cumplidas por un hombre y una mujer según el tenor literal de la norma.

En relación a las normas anteriores y que han sido producto del derecho sustancial y dogmático colombiano, y considerando que son las actuales directrices legislativas en el país, deben ser interpretadas para su correcta aplicación y no caer en errores semánticos derivados de un mal análisis epistemológico o de aventurarse a aplicarlas de manera arbitraria; para esta tarea surgen los operadores jurídicos, a través del poder judicial se dispone de un órgano plenamente especializado en la interpretación normativa, como se verá en la siguiente providencia.

La sentencia C-577/11 con el Magistrado Ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, acumuló las demandas de inconstitucionalidad D-8367 y D-8376, en las que se exponen principalmente los siguientes argumentos:

Demanda D-8367, en esta demanda el actor plantea una interpretación de familia ceñida al artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, según la cual podrá constituirse por vínculos naturales o jurídicos, por decisiones libres o por la voluntad responsable de conformarla; de esta forma, según él, las parejas del mismo sexo también tendrían el derecho a conformar una familia a través de vínculos jurídicos.

Manifiesta también, que la definición del matrimonio consagrada en el artículo 113 del Código Civil, limita dicho matrimonio únicamente a las parejas heterosexuales, lo cual excluye completamente a las parejas del mismo sexo, sumado a la idea de la procreación como finalidad del matrimonio, la cual para el vulnera tajantemente la autonomía

reproductiva ya que, el artículo 42 de la Constitución deja a libre disposición de la pareja la posibilidad de procrear o no.

Demanda D-8376, en esta demanda se contempla que la institución familiar no surge únicamente mediante el vínculo de un hombre y una mujer, la conformación también puede originarse en la relación entre parejas del mismo sexo. Consideran los accionantes que la definición de matrimonio consagrada en el artículo 113 del Código Civil limita exclusivamente dicho matrimonio a las parejas heterosexuales.

En la argumentación que motivó el fallo, manifiesta la Corte que en cuanto a las acusaciones relevantes en contra de la expresión “de un hombre y una mujer”, la cual se menciona también en los artículos segundo de la ley 294 de 1996 y segundo de la ley 1361 de 2009, ambos artículos pertenecen a una expresión textual contenida en el primer inciso del artículo 42 de la Constitución; resalta la Corte la imposibilidad de establecer un debate acerca de la validez de una norma inferior jerárquicamente que contradiga disposiciones superiores, en este caso resulta claro que no puede existir una contradicción entre las normas mencionadas y la Constitución, ya que ambas obedecen a un criterio de identidad con respecto al artículo 42 de la Constitución.

Argumenta la Corte que el análisis de inconstitucionalidad debería efectuarse bajo ese entendido sobre el texto constitucional, lo cual resulta improcedente, es por ello, que debido a que las normas legales parcialmente demandadas reproducen preceptos constitucionales la Corte debe declararse inhibida, aunque advierten que la interpretación del primer inciso del artículo 42 de la Constitución es la que se adopta en dicha sentencia.

Al declarar exequible la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil, aclara la Corte que de la expresión y del artículo 42 de la Constitución se puede derivar una especial protección a las parejas heterosexuales, pero lo anterior no implica necesariamente una desprotección respecto a las otras familias a las cuales también se les considera una institución básica y núcleo fundamental de la sociedad.

Señala la Corte que tampoco se puede evidenciar una discriminación en el artículo 113 del Código Civil, ya que debido a su antigüedad, obedece a una realidad en la cual no se había considerado la posibilidad de que se establecieran otro tipo de uniones, de ahí se puede derivar que también en el texto constitucional se brinde una especial atención a las uniones de parejas heterosexuales, dicho lo anterior, la Corte considera que el artículo 113 del Código Civil no esté afectado por una omisión legislativa relativa, ya que simplemente se regula el matrimonio entre heterosexuales de una manera compatible con la Constitución.

Es claro entonces que en Colombia el matrimonio ha tenido desarrollo jurisprudencial y legislativo que no necesariamente coincide, toda vez que la Corte se ha pronunciado en sentido favorable a las parejas homosexuales que quieran acceder a la figura del matrimonio, postura contraria a la establecida literalmente en los códigos, leyes y constitución, pero a pesar de tener la sentencia referida como precedente; el Congreso de la República no se ha encargado de ajustar la legislación de la institución del matrimonio en función de lo sustentado en la sentencia C-577/11 y el exhorto que le hace al Congreso de la República.

Conformación de familia

La familia en Colombia es reconocida por la Constitución como la institución más importante en el ordenamiento jurídico, es además la familia, un derecho elevado a nivel fundamental por la misma Constitución Política de 1991, tiene características inherentes a ella, como una naturaleza dinámica influenciada por hechos históricos, factores políticos, construcciones sociales e influencias económicas, es reconocida como núcleo de la sociedad por su función respecto del colectivo y del individuo, la cual cumple un papel de formación del individuo indispensable en nuestra estructura social, de allí que la institución goce de protección y reconocimiento constitucional y legal.

El principal soporte que encontramos actualmente de la familia como núcleo fundamental de la sociedad se encuentra en la Constitución Política de Colombia, los artículos 5, 13, 15 y 42 establecen a la familia como núcleo social, piedra angular fundamental, proclaman la

igualdad de derechos y libertades independientes del núcleo familiar y la proclaman sujeto de intimidad y respeto, por lo tanto, se debe entender a la familia como institución fundadora del individuo que participa en la sociedad.

La institución de la familia tiene diferentes formas de conformarse, a través de vínculos naturales y jurídicos, por ejemplo, existe la adopción, la unión marital de hecho, la procreación de hijos biológicos, el matrimonio, las familias unipersonales, etc. Para efectos de este artículo, retomaremos los conceptos de matrimonio y vínculos jurídicos y naturales sin desconocer todas y cada una de las formas de conformar familia en Colombia.

El matrimonio en Colombia dispone un vínculo jurídico, toda vez que se accede a él mediante una figura contractual, con solemnidades que están descritas y codificadas y declarada por un funcionario competente, otro es el caso de la unión marital de hecho que se compone de la voluntad de dos personas de unirse y convivir como pareja creando un vínculo natural que posteriormente tendrá efectos jurídicos.

El vínculo jurídico que compone al matrimonio tiene efectos legales que recaen sobre ambos conyugues y generan derechos y obligaciones correlativamente, acceden a un abanico de garantías como familia, tales como el estado civil, el patrimonio inembargable de familia, la autodeterminación, la no incriminación de parientes, la intimidad y respeto a la familia, etc. Se evidencia entonces, como este vínculo jurídico tiene efectos sumamente relevantes en los sujetos que componen el matrimonio y conforman familia.

Colombia no ha sido indiferente a los cambios sociales y culturales que ha experimentado el mundo en las últimas décadas, pero cuando analizamos los derechos de la comunidad LGBTI en el territorio nacional, parece que la legislación se quedó estancada, ya que el país ha tenido un recorrido un tanto lento en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, discutiéndose por primera vez el tema oficialmente en la sentencia C-098/96 con el Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se contempló que algunos artículos de la ley 54 de 1990 eran inexecutable, los cuales se referían a los efectos

patrimoniales de la unión marital de hecho únicamente en el vínculo entre hombre y mujer, sobre esto Rosa Elizabeth Guío Camargo plantea:

El legislador incurrió en una omisión al regular, en términos de equidad y de justicia, las relaciones patrimoniales entre concubinos heterosexuales; pues ha debido cobijar también a las parejas homosexuales, teniendo presente que respecto de éstas puede eventualmente predicarse una comunidad de vida permanente, la cual igualmente se apoya en el trabajo, ayuda y socorros mutuos y que, de otra parte, se trata de un grupo humano socialmente estigmatizado y carente de protección legal.(Guío, 2009, p.76)

Con posterioridad hubo un par de pronunciamientos de la Corte con objeto similar respecto de los derechos de las parejas homosexuales en lo concerniente a la familia, matrimonio y los derechos derivados de estos²

En este sentido, a pesar del retraso nacional colombiano en la regulación legal de este aspecto, la liberación sexual y la reducción de la estigmatización, junto con el aumento de la empatía social hacía la comunidad LGBTI, ha logrado que los individuos que conforman la estructura social, la maquinaria estatal e incluso algunas comunidades religiosas acepten y convivan con la idea de familias homoparentales y que incluso tienen a su cargo la crianza de hijos, ya sea biológicos o adoptivos.

Se entiende que el derecho tiene un efecto reactivo a los hechos sociales, un tanto tardío, pero por lo general eficiente, por esto se debe plasmar el reconocimiento que ya ha hecho la Corte Constitucional en la sentencia C-577/11 a las familias homoparentales en la norma, garantizando a las parejas homosexuales el derecho a conformar familia, acceder a la figura contractual del matrimonio y expresar de esta forma, al fin y al cabo, el amor del que puede ser objeto su relación.

² Sentencia C – 075 del 2007, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia C – 577 del 2011, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Sentencia C – 683 del 2015, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

De allí que, apelando al sentido amoroso y solidario que la familia nos plantea por costumbre, el concepto familia se podría encontrar como símil a lo propio, reconociendo otras formas de amor y solidaridad, y en el sentido de que la familia es un acontecimiento en sí misma, que tiene precedentes y genera un impacto a nivel social, personal, semántico y factico; por lo tanto, esta figura ha adoptado tantas formas como conceptos de la misma existen, sin embargo el factor común en todas sus concepciones es el amor y la solidaridad.

Se debe abordar el concepto de familia como sujeto de derechos, funcional en todas sus formas y sobre todo entender a la familia como piedra angular de la sociedad considerando toda la evolución legislativa de la que ha sido objeto; por lo tanto, la definición respecto a la familia es un concepto completamente integral e inclusivo que reconoce en los diversos tipos de familia el núcleo de la sociedad y que debe ser protegido y promovido por el Estado y respetado por la sociedad.

Materialización del derecho

Hablar de la materialización del derecho a la familia en Colombia nos remite a la ley 1361 de 2009 que contempla la protección integral a la familia regida por principios de equidad, solidaridad, integralidad, etc. Enfocada a su vez en la asistencia social, integración social y política familiar.

La ley de protección integral a la familia establece, entre otras cosas, los derechos y deberes de los integrantes de una familia, los deberes del Estado y la sociedad frente a la institución de la familia y las garantías y protecciones de las que gozan los miembros de una familia legalmente constituida. De esta forma y en relación con el acápite anterior se han establecido múltiples beneficios derivados de los derechos y deberes inherentes a la figura contractual del matrimonio.

Es menester recordar que tanto la Constitución Política, como la ley de protección integral a la familia reconocen al núcleo familia como núcleo fundamental de la sociedad, basada en ideales de igualdad, equidad y solidaridad sin distinciones y promoviendo el respeto a la

institución y a cada uno de sus integrantes, la pregunta es entonces si a partir de la sentencia C-577 de 2011 las parejas del mismo sexo pudieron empezar a gozar de este tipo de garantías.

Reconociendo los antecedentes de la situación que motiva el presente artículo, que han estado ligados a una historia de desconocimiento e ignorancia frente a la comunidad LGBTI que se tradujo en la negación de derechos fundamentales a sus miembros durante extensos periodos, tanto a nivel nacional como mundial, la lucha de estas personas ha patrocinado una de las grandes conquistas de los últimos dos siglos como ha constado en el capítulo anterior, el Estado colombiano ha hecho un reconocimiento parcial de esta conquista reconociendo la creación de familias homoparentales desde el poder judicial.

Está claro entonces que la historia, en lo que concierne a los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, se ha dividido en dos, un periodo anterior a la sentencia en cuestión, característico de la ignorancia y desconocimiento que generaron discriminación y rechazo social, y el segundo periodo posterior a la providencia en la que la Corte Constitucional reivindicó los derechos de estas parejas, que puede ser destacado por una victoria jurisprudencial que ha marcado un hito para las generaciones venideras.

Lamentablemente, esta conquista por sí misma no es suficiente, en Colombia el deber de legislar le corresponde al Congreso de la República, en nuestro ordenamiento se reconocen varias fuentes de derecho como las leyes, el derecho internacional, la costumbre y la jurisprudencia, algunas más eficaces que otras como lo plantea el caso en concreto.

En conclusión, el pronunciamiento de las altas cortes del país constituye derecho, tal es el caso de la Corte Constitucional como órgano contra mayoritario que debe velar por los intereses de todos y cada uno de los ciudadanos del país, sobre todo de las minorías como las parejas del mismo sexo, las cuales han quedado desprotegidas por el legislador, en nuestro caso, el Congreso de la República que es un órgano democrático en representación de las mayorías.

Considerando lo anterior, la Corte Constitucional manifiesta luego de su análisis en la sentencia C-577 de 2011, la necesidad de que las parejas del mismo sexo puedan contar con la posibilidad de realizar un contrato que permita formalizar su vínculo matrimonial, para formar una familia con mayores expectativas que las surgidas por la unión de hecho.

Resalta la Corte que la potestad para regular dicha figura le pertenece al legislador, ya que, al no declararse la inconstitucionalidad de la normativa acusada, no existen posibilidades de que el juzgador proceda a fijar su alcance, por lo cual exhorta al Congreso de la República para que realice un análisis del tema y posteriormente expida una ley que regule sistemáticamente una alternativa contractual a la unión de hecho.

Resalta este órgano que, en concordancia con la interpretación constitucional, es totalmente clara la atribución de las parejas del mismo sexo al concepto de familia, simplemente existe la necesidad de crear una figura contractual que les permita constituir una unión familiar derivada de un vínculo jurídico, es por ello, que, obedeciendo al principio democrático, le corresponde al Congreso de la República como máximo representante de la voluntad popular regular dicha situación.

Incluso, dentro del exhorto al Congreso de la República para que expida una regulación que conduzca a eliminar el déficit de protección a las parejas del mismo sexo, se otorgó un plazo temporal, dicho plazo se confirió hasta el 20 de junio de 2013 y, aunque la Corte resalta que la regulación de esta figura corresponde al legislador como órgano de carácter representativo, aclara que si dentro del plazo establecido no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán solicitar ante un notario o juez competente, la formalización de un vínculo contractual que les permita constituir una familia, esto debido a la importancia de la materia y a las consecuencias negativas que se podrían ocasionar al mantener una desprotección.

La Corte consideró este lapso temporal suficiente para que el legislador realice los debates pertinentes sobre el asunto objeto de controversia y para que le otorgue el alcance que considere pertinente.

A pesar de la expedición de la providencia SU 214 de 2016 en la que se confirmaron los derechos de las parejas del mismo sexo y se promueve una garantía para esta población en el acceso a la justicia, formalizando la figura del matrimonio civil como aquella a la cual podrán acceder ante juez o notario, hoy la legislación al respecto sigue pendiente, existen varios pronunciamientos de las altas cortes en los que se ha regulado la situación de la comunidad LGBTI por vía jurisprudencial, lo que permitiría a las parejas del mismo sexo acceder a la conformación de una familia a través del matrimonio como figura contractual, en principio, pero ¿en Colombia las parejas del mismo sexo pueden acceder fácilmente a la figura del matrimonio?

Según las cifras de la Superintendencia de Notariado³ sobre los registros matrimoniales de parejas del mismo sexo, para el primer semestre de 2019 se registraban 173 matrimonios entre parejas del mismo sexo, en comparación con los matrimonios celebrados por parejas heterosexuales durante el mismo periodo que superaron la cifra de 24.000, se muestra ínfima la práctica del matrimonio con fines de conformación de familia homoparental, es clara evidencia de que el régimen contractual colombiano en lo que al matrimonio se refiere, sigue teniendo obstáculos infranqueables para algunas parejas del mismo sexo.

Conclusiones

La sentencia SU-214 del 2016 declaró que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo celebrados con posterioridad al 20 de junio del 2013 gozan de plena validez jurídica, ello por algunas controversias que ponían en duda varios matrimonios celebrados en ese periodo de tiempo; igualmente ordenó al Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y a la Registraduría Nacional difundir entre sus funcionarios el contenido de la decisión, con el propósito de superar la falta de protección para esta

³ Disponible en las listas dispuestas por el Gobierno Nacional en: <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Matrimonios-Civiles-En-Colombia/7g6f-adky> y <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Matrimonios-Civiles-Entre-Personas-Del-Mismo-Sexo-xf4s-f2cq>

población en situación de vulnerabilidad, sin embargo, aunque se ha regulado vía jurisprudencial la unión de parejas del mismo sexo, basados en las cifras consideramos que existe insuficiencia en las garantías del acceso a la justicia de la población LGBTI para conformar una familia bajo la figura del matrimonio.

Consideramos que en la práctica, la regulación por vía legislativa presta más imperatividad y publicidad y a los ojos de los funcionarios y ciudadanos en general, goza de más legitimidad, ya que se reduce al mínimo el margen de interpretación que podría darle un funcionario a la aplicación directa de una sentencia, aún siendo el pronunciamiento de 2016 en el que se esgrimieron argumentos y decisiones mucho más claras, las cuales han resultado falibles, porque las parejas del mismo sexo siguen encontrado obstáculos basados en costumbre, moral, filiaciones políticas e incluso credo o confesión religiosa.

Mientras no se garantice legislativamente a las parejas del mismo sexo el acceso a la conformación de familia a través del matrimonio, tendremos discriminación en el sistema jurídico colombiano vulnerando derechos que ya han sido reconocidos, pero que no se han materializado.

Resulta interesante, que al observar cómo se ha regulado la figura del matrimonio igualitario en otros países, se han superado ciertas etapas, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se empezó a permitir este tipo de uniones judicialmente, sin embargo estas decisiones continuaban generando controversias y diferentes interpretaciones por parte de los operadores jurídicos como lo fue en el caso de España, donde se organizaban marchas y se recolectaban firmas para rechazar este tipo de matrimonios, debido a aquellas problemáticas surgió la necesidad de regular esta figura para que se garantizara el reconocimiento de los derechos a la población LGTBI.

El ordenamiento jurídico colombiano no es ajeno a este tipo de inconvenientes, ya que, aunque la SU-214 del 2016 representó un gran avance en la existencia y validez de los matrimonios conformados por parejas del mismo sexo, siguen existiendo algunas situaciones en las cuales los operadores jurídicos desconocen el precedente constitucional y

no permiten que se materialicen este tipo de uniones. Esta controversia sigue latente en el ordenamiento jurídico colombiano, muestra de ello fue la polémica que se generó a finales del mes de agosto del año 2020, gracias a un fallo emitido por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Cartagena, en el cual se negó una solicitud de matrimonio civil entre una pareja homoparental, sobre esta decisión se destacó la interpretación que realizó el Juez sobre esta figura.

Si bien la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia C 577 de 2011, abrió el espacio para tales uniones y la Sentencia de Unificación 214 de 2016, legisló y entronizó el matrimonio y adopción gay, también lo es, que el preámbulo de nuestra Constitución Política de Colombia, invoca la protección de DIOS, y en el artículo 192 de la misma Carta, se establece el Juramento que debe prestar el Presidente de la República de Colombia en estos términos: Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir bien y fielmente la Constitución y las leyes de Colombia', y quien lo posesiona, le contesta, `Si así /o hicieréis, que Dios y la Patria os lo premie, y si no que Él y ella, os lo demande", sirviendo de ejemplo para todo servidor público porque así lo exige el artículo 122 de la Carta Magna, cuando en su inciso segundo dice que "Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (Solicitud de matrimoniocivil, 2020, p. 1)

En esta decisión se puede percibir que, aunque el juez conozca las dos sentencias que fueron objeto de estudio en el presente escrito, y que deberían ser suficientes para que se permitiera el matrimonio entre parejas del mismo sexo, en la práctica, los funcionarios públicos siguen tomando decisiones que desconocen el precedente constitucional y realizan interpretaciones que consideran ajustadas a la Constitución como lo fue en la decisión anteriormente expuesta. Consideramos que una de las maneras de proteger los derechos de la población LGTBI, es que se regule el matrimonio de las parejas del mismo sexo, ya que con una legislación que sea sometida a los respectivos controles constitucionales, no daría lugar a que se tomen otro tipo de decisiones y se supere la discriminación a la que se somete constantemente a la población LGTBI.

Referencias bibliográficas

Congreso de la República de Colombia. (abril 15). Código Civil Colombiano. [Ley 57 de 1887]

Congreso de la República de Colombia. (diciembre 03). Ley de Protección Integral a la Familia. [Ley 1361 de 2009]. DO: 47.552

Corte Constitucional, Sala Plena (26 de julio de 2011) Sentencia C-577/11. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Plena (4 de agosto de 2009) Sentencia C-522/09. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 42 [Título II] 21ª ed. Temis.

Guío, R. (2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Studiositas*, edición de diciembre de 2009 4(3) [p. 76].

Martín Sánchez, M. (2016). Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 219-253. [En línea] Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.07>

Rudolf, H. (2010). Activismo judicial vs gobierno democrático. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 183-192.

Solicitud de matrimonio civil, 13001400301020200029900 (Juzgado Décimo Civil Municipal de Cartagena, 31 de Agosto de 2020).

Uprimny R., & García, M. (2004). Corte Constitucional y Emancipación social en Colombia.