

Para mayor claridad expositiva, las intervenciones son clasificadas en los siguientes grupos: (i) accionantes; (ii) autoridades judiciales y notariales accionadas; (iii) instituciones y personas que consideran que la Corte debe amparar los derechos de los accionante; y (iv) instituciones y personas que, invocando diversas razones, estiman que la Corte debe negar las peticiones de amparo.

## **1. ACCIONANTES**

### **1.1. Adriana Elizabeth González y Sandra Marcela Rojas**

Las accionantes Adriana Elizabeth González y Sandra Marcela Rojas consideraron que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario, de conformidad con los siguientes argumentos:

Señalaron que son una pareja del mismo sexo con los mismos derechos de cualquier otra pareja en el país, y que contrajeron matrimonio civil el día 4 de octubre de 2013 ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá. Consideraron que la decisión de contraer matrimonio debería tener las mismas implicaciones para todas las personas: amor, compromiso, una vida juntas, preparar la celebración y participar a los amigos y a la familia de esa felicidad. Indicaron que su matrimonio ha traído mucho más que eso, ya que han sido sometidas al escarnio público y a la persecución por parte de las entidades que deberían velar por la protección de sus derechos. Manifestaron que llevan 10 años juntas, 7 de los cuales han luchado por el derecho a contraer matrimonio.

Consideraron que la preparación de su matrimonio incluyó, además de la celebración, el inicio de una lucha jurídica, ser tratadas como delincuentes, como violadoras de derechos fundamentales, cuando en este país, desde hace más de 34 años, la homosexualidad dejó de ser un delito. Adujeron que tuvieron que adelantar muchas gestiones ante Notarías Públicas y Registradurías del Estado Civil para culminar su sueño de casarse y estuvieron sometidas a largas horas de espera y a comentarios inquisidores, hasta que por fin lograron registrar su matrimonio. Indicaron que no obstante lo anterior, un Notario sigue negándose a hacer la anotación correspondiente en el registro civil en donde se establezca que contrajeron matrimonio de conformidad con el acta de matrimonio.

Consideraron vulnerados sus derechos fundamentales al buen nombre y el derecho a ser tratadas iguales ante la ley, y buscan la protección de sus derechos como mujeres y como lesbianas. Afirmaron que existe un déficit de protección histórico de los derechos de los homosexuales y de sus familias.

Indicaron que la Constitución Política de 1991 reconoce la existencia e igualdad de las personas, y el derecho a actuar libremente sin distinción, por lo que se preguntan “¿por qué negar un derecho civil a unas ciudadanas?”. Invocaron el derecho a ser libres e iguales, al reconocimiento y a su existencia. Señalaron que vivimos en un país en donde por la orientación sexual se restringe la libertad de elegir, en este caso, la libertad de elegir casarse. Consideraron que una democracia sin opción a elegir, profundiza las desigualdades, y que el matrimonio civil es aquí y en cualquier otro lugar del mundo, un matrimonio.

Manifestaron que son una pareja como cualquier otra, que la una es para la otra su amor, su vida, su sostén, como lo son para las parejas heterosexuales sus esposas o esposos, que han constituido una familia que no es distinta a las otras. Se preguntaron por qué no habrían de tener el derecho, ellas y sus familias, a nombrarse como dicha calificación.

Indicaron que en la actualidad sus diferencias las hacen inferiores a la ley y se preguntan por qué sus derechos no son completos. Consideraron que anularles el matrimonio es discriminatorio y las condenaría a vivir con humillaciones. Asimismo, señalaron que el matrimonio es reconocimiento, igualdad, vivir sin miedo, poder ejercer sus derechos en libertad, y a asumir sus responsabilidades como esposas.

## **1.2. William Alberto Castro y Julio Cantor Borbón**

Los accionantes William Alberto Castro y Julio Cantor consideraron que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario, en virtud de las siguientes consideraciones:

Señalaron que forman una pareja de dos hombres que siendo pobres han luchado por la vida, de la mano de uno solo, que tomaron la decisión de ocultar su identidad porque temen ser reconocidos en la calle, lugar donde trabajan como vendedores ambulantes. Indicaron que les atemoriza que

unos minutos de exposición pública derrumben su vida privada construida por 29 años. Manifestaron que aunque han contado con el apoyo y la compañía de sus familias, les da miedo la discriminación y la humillación de la sociedad, que se sienten muy tristes de no poder estar en el mismo auditorio de todos en un día tan importante para su matrimonio; un día en el que su amor sale de su hogar para representar a miles de parejas en Colombia.

Señalaron que les contaron que hace 18 años un grupo de maestros se presentó con máscaras en una audiencia pública como la de hoy, exigiendo el derecho al trabajo sin discriminación por su orientación sexual, en consideración a que no querían ser reconocidos en las instituciones educativas en dónde trabajaban. Indicaron que se encuentran en una situación semejante; sin embargo, manifiestan sentirse orgullosos por lo que son y que son felices, pero temen por sus empleos; no pueden dar la cara porque trabajan en el sector informal donde hay homofobia y discriminación.

Relataron que hace 29 años celebraron su primer matrimonio como un rito privado, y que se comprometieron a acompañarse hasta el fin de sus vidas. Indicaron que se casaron nuevamente en el año 2013, pero esta vez por un matrimonio civil, con el fin de tener derecho a la salud, a ser reconocidos como familia sin discriminación, a la vivienda de interés social, etc.

### **1.3. Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño**

Los accionantes Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño consideraron que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario en atención a las siguientes consideraciones:

Relataron que su historia de amor inició como muchas otras: con un encuentro casual que la vida les prodigó para que sus corazones y vidas se conocieran, se amaran y se dieran el permiso de buscar juntos la felicidad. Señalaron que se conocieron en el año 2009, cuando Elkin trabajaba en la Alcaldía Municipal de La Dorada, Caldas, y Yaqueline era rectora de un centro educativo y activista sindical. Indicaron que en el año 2010 se volvieron a encontrar; por situaciones políticas del municipio se realizaron unas elecciones atípicas de Alcalde, y Yaqueline fue incluida en el gabinete como Directora Administrativa de Educación; para el

siguiente período, el alcalde electo nombró a Elkin como Director de Prensa y decidió dejar en el mismo cargo que desempeñaba en el mandato anterior a Yaqueline. Manifestaron que nuevamente la vida, la política y las casualidades los unió, esta vez como compañeros de trabajo.

Adujeron que en aquella ocasión decidieron darse la oportunidad de conocerse, y que no fue fácil, entre otras cosas, porque como Directora de Educación no podía decir que sostenía una relación con una persona transgénero, ya que iba a recibir señalamiento de la sociedad. Relataron que una emisora local se ensañó contra Elkin diciendo los nombres que le pusieron al nacer pero con los que nunca se identificó. Agregaron que las personas le recordaron que no tenía ningún derecho de tener una relación ni una familia, a pesar de eso los dos tomaron la decisión de enfrentar a la sociedad.

Afirmaron que no fue fácil; aun así, motivados por un sentimiento de amor profundo decidieron unir sus vidas, casarse y formar una familia como seres que se aman y que se respetan y que están llamados a ser transparentes, a vivir con dignidad y a ocupar un lugar en el mundo. Manifestaron que la decisión de estar juntos fue relativamente fácil, lo difícil fue enfrentar todas las trabas que la sociedad excluyente les impuso, una sociedad que no deja ver la humanidad de las personas que no cumplen con lo que se considera “*normal*”.

#### **1.4. Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero**

Germán Rincón Perffeti, en representación de los accionantes, Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero, consideró que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario.

Afirmó que Fernando y Ricardo llegaron a su oficina a contarle que llevaban 30 años de convivencia juntos y que querían contraer matrimonio. Indicó que fueron a la Notaría 37 para contraer matrimonio, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia proferida por esta Corporación, que dio lugar a interpretar positivamente el matrimonio igualitario.

Relató que el Notario Público se negó a celebrar el matrimonio y que les ofreció protocolizar la unión de conformidad con la misma sentencia de la

Corte Constitucional. Adujo que se negaron por no estar interesados en ser “*ciudadanías de segunda y tercera categoría*”, lo cual los motivó a instaurar la acción de tutela.

### **1.5. Procuraduría Delegada en Asuntos Civiles**

La Procuradora Judicial II, Delegada en Asuntos Civiles, doctora Gladys Virginia Guevara, consideró que no se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario.

Señaló que la actuación de la Procuraduría General de la Nación tiene como fundamento el cumplimiento de las responsabilidades atribuidas por el artículo 277 de la Constitución, concretamente por el numeral 1 que le ordena vigilar el cumplimiento de la Constitución, de las leyes, las decisiones judiciales y de los actos administrativos, y por el numeral 7 que le impone el deber de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas en defensa del orden jurídico, patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales.

Indicó que su gestión se encamina a la protección de los derechos de las personas del mismo sexo y a la salvaguarda del ordenamiento jurídico en interés de la sociedad, en los términos de la Sentencia C-577 de 2011.

Manifestó que las acciones de amparo fueron interpuestas en defensa del orden jurídico y de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al debido proceso, frente a las vías de hecho perpetradas por algunos funcionarios y materializadas por: (i) defecto orgánico, debido a carencia absoluta de competencia; (ii) por defecto procedimental absoluto, al darle al acto el trámite de matrimonio; y (ii) por defecto material o sustantivo, al aplicar normas inexistentes y desconocer el precedente establecido por la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil.

Indicó que la función misional de la Procuraduría se activó como consecuencia del desconocimiento de la fuerza vinculante *erga omnes* de la sentencia de constitucionalidad, que como tal es inmutable, vinculante y definitiva, afectando con ello la seguridad del ordenamiento jurídico y la confianza legítima en la aplicación de la Constitución.

Adujo que no es constitucionalmente viable entrar a sustituir los términos de una sentencia de constitucionalidad en el curso de revisión de algunas acciones de tutela, máxime cuando en aquella se reconoció expresamente la reserva constitucional y legal para la regulación del tema, so pena de vulneración al principio democrático que inspira al estado social de derecho.

En este orden de ideas, dio respuesta a los interrogantes remitidos por esta Corporación en los siguientes términos:

*¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?*

Al respecto consideró que la autoridad judicial o notarial que no acceda a la celebración y registro de un matrimonio no vulnera los derechos fundamentales de una pareja del mismo sexo porque la Constitución en su artículo 42 señaló el ámbito constitucional dentro del cual se puede celebrar un matrimonio civil, restringiéndolo a que se realice entre un hombre y una mujer, y en el orden legal, porque el artículo 113 del Código Civil, que fue declarado exequible por esta Corporación, 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 de auxiliarse mutuamente”*.

Una vez constituida la familia, ya sea la que se origina por vínculos naturales o la que surge de relaciones jurídicas, merece protección constitucional, y la Carta Política las pone en un plano de igualdad, de manera que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, independientemente del origen de aquélla.

Lo anterior no significa que exista identidad entre los vínculos que originan la familia, ni que deban tener la misma regulación; por supuesto que si la Constitución consagra dos formas de constituir la familia, implica admitir no solo su origen diverso, sino las diferencias que existen entre cualquier forma de unión marital y el matrimonio, la primera *“corresponde la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de*

*formalidad*<sup>1</sup>, al paso que la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges.

El Constituyente concibió el matrimonio como una forma de constituir una familia inequívocamente ligada a la pareja heterosexual y omitió cualquier consideración a otras clases de matrimonio.

Si bien en la actualidad la Corte admite que la Carta Política igualmente protege los derechos de las personas del mismo sexo, no es menos cierto que la misma Corporación ha considerado que *“existen elementos presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales “son suficientes para tenerlas como supuestos distintos, además de la obvia diferencia de su composición”*<sup>2</sup>.

El Constituyente exteriorizó una expresa protección a la familia heterosexual y al matrimonio de las personas de diferente sexo, porque ese vínculo asegura los relevos generacionales y la prolongación de la especie humana.

Por virtud del artículo 5 de la Carta y del inciso primero del artículo 42, la familia también tiene un componente institucional; desde esta perspectiva es claro que el Constituyente manda que el vínculo jurídico que da lugar a la familia heterosexual no sea otro que la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio.

*¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho de contraer un matrimonio civil?*

Consideró que a la luz de la legislación vigente no es viable que una pareja del mismo sexo contraiga matrimonio civil, ya que el matrimonio como forma de constituir una familia aparece ligado a la pareja heterosexual.

*¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o esta es una competencia del Congreso de la República?*

---

<sup>1</sup> Ibidem.

<sup>2</sup> Ibidem.

Indicó que la Sentencia C-577 de 2011 definió este asunto en el exhorto que dirigió al Congreso de la República.

En este entendido, indicó que el Proyecto de ley No. 47, por el cual se establece la institución del matrimonio entre parejas del mismo sexo y se modifica el Código Civil, no fue adoptado por el Congreso de la República.

*¿Cuál es el alcance y las características del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011?*

Al respecto señaló que en la Sentencia C-577 de 2011 la Corte dispuso que: *“Resulta de gran importancia puntualizar que el reconocimiento jurídico de la unión conformada por las parejas del mismo sexo debe tener carácter contractual, porque el contrato es el instituto previsto en el ordenamiento jurídico para otorgarle carácter vinculante a las declaraciones de voluntad de las personas, de modo que no cualquier reconocimiento jurídico resulta apto para superar el señalado déficit de protección, sino el surgido de un vínculo contractual”*<sup>3</sup>, y en este sentido la Procuradora reconoció que el matrimonio no es el único mecanismo de protección para las personas que quieren formalizar su unión, en cuanto a las parejas del mismo sexo reserva esta discusión para el Congreso de la República.

## **2. AUTORIDADES JUDICIALES Y NOTARIALES ACCIONADAS**

### **2.1. Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá**

Pablo Emilio Cárdenas González, Juez Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, indicó que su intervención está dirigida a precisar dos ideas respecto al tema de la unión entre parejas del mismo sexo: la primera, en relación con la autonomía judicial frente a la homosexualidad; y la segunda, en cuanto al entendimiento de la expresión *“vínculo contractual solemne”*.

---

<sup>3</sup> Ibídem.



Respecto a la autonomía judicial frente a la homosexualidad, el interviniente partió del concepto de independencia judicial, que consiste en la garantía instituida en favor de los ciudadanos, para que quienes tienen a su cargo la tarea diaria de impartir justicia, lo hagan razonablemente, y sobre todo, libres de influjos externos, lo cual conlleva una limitante concreto a los demás poderes del Estado.

En este orden de ideas, manifestó que debe reivindicarse la tarea que la rama judicial ha emprendido, al ser la única autoridad pública que ha tratado de enfocar la actividad estatal en procura de acercar a las personas homosexuales a la Constitución Nacional, la cual es clara en admitir que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anomalía patológica que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual que constituye un elemento propio e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual debe gozar de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a los valores contenidos en la Carta Política del 91, resaltó aquel de no discriminación por razones de sexo y la primacía de los derechos inalienables de las personas, amparando consigo a la familia como institución básica de la sociedad. En efecto, adujo que la Constitución Política de 1991 señala la importancia que representa la familia para el conglomerado social colombiano y expone las vías por las cuales se puede conformar, ya sea por: (i) vínculos naturales o jurídicos; (ii) matrimonio, o (iii) voluntad responsable.

Respecto al enfoque de la idea de “*vínculo contractual solemne*”, explicó las figuras de la unión marital de hecho y del matrimonio, y concluyó que éste último es una modalidad de unión que surge cuando un hombre y una mujer, por mutuo acuerdo, deciden casarse ante un notario, un juez o por rito civil, o ante un sacerdote, un pastor o una autoridad religiosa reconocida, si se realiza por un rito religioso. Esta forma de legalizar la unión sólo es posible para las parejas heterosexuales, y así los integrantes del matrimonio reciben el nombre de cónyuges y sus derechos patrimoniales se garantizan mediante la llamada sociedad conyugal, conformada por el conjunto de bienes de sus integrantes.

## **2.2. Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá**

Luz Estella Agray Vargas, Jueza Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, consideró que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario.

Señaló que el día 3 de octubre de 2013 celebró, en su calidad de Jueza Civil Municipal, contrato de matrimonio civil entre dos ciudadanas colombianas, quienes, con fundamento en lo dispuesto en la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011, así lo solicitaron. Manifestó que esta actuación judicial suscitó la acción de tutela presentada por la Procuraduría General de la Nación en su contra, y cuya prosperidad dio como resultado que se ordenara anular el matrimonio civil celebrado. Agregó que dicha acción de tutela fue revocada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, al considerar que no había legitimación en la causa por activa en cabeza de la Procuraduría.

Manifestó que los presupuestos que le permitieron formalizar y solemnizar la unión podían ser extraídos de la misma Sentencia C-577 de 2011, como en efecto lo solicitaron las ciudadanas, y los mismos daban lugar a concluir que era necesario acudir a la analogía mediante la aplicación del contrato matrimonial del artículo 113 del Código Civil. Agregó que esta interpretación significó una omisión a la propuesta del Procurador General de la Nación en la Circular No. 13 de 2013, de cumplir con la celebración ante juez o notario de contratos innominados, toda vez que según la jurisprudencia: (i) la lectura del artículo 42 de la Constitución se aclara para comprender los dos tipos de vínculos bajo los cuales se puede conformar familia, es decir, el vínculo natural y el vínculo jurídico; (ii) las parejas heterosexuales pueden formar familia bajo cualquier de estos vínculos, pues tienen la posibilidad de establecer uniones maritales de hecho y de contraer matrimonio; (iii) las parejas del mismo sexo sólo cuentan con la posibilidad de conformar familia mediante vínculos naturales, esto es, a través de la unión marital de hecho; (iv) no existe justificación para que las parejas del mismo sexo no puedan formalizar y solemnizar su unión y conformar familia mediante vínculo jurídico, de modo que es allí que se advierte el déficit de protección jurídica; (v) la alusión que hace el artículo 113 del Código Civil al matrimonio heterosexual, no impide la posibilidad de configuración del medio

mediante el cual las parejas homosexuales puedan conformar familia mediante vínculo jurídico.

Manifestó que, con los anteriores argumentos jurisprudenciales y normativos traídos a colación, y de conformidad con el principio *pro homine*, según el cual de dos o más interpretaciones posibles de una ley debe preferirse aquella que satisfaga de mejor manera los derechos, claro es entonces que la única analogía posible para superar el déficit de protección jurídica de las parejas del mismo sexo cuando desean formalizar y solemnizar su unión es el contrato de matrimonio, regulado en el artículo 113 del Código Civil. En este sentido, precisó que el contrato de matrimonio es el único que: (i) regula las relaciones de pareja; (ii) permite conformar familia mediante vínculo jurídico; (iii) tiene efectos en el estado civil de las personas; y (iv) es posible inscribir en el registro civil, es decir, por el momento es el único medio para cumplir la finalidad de la orden quinta y formalizar y solemnizar la unión de las parejas del mismo sexo.

### **2.3. Notaría Treinta y Siete (37) de Bogotá**

El señor Notario 37 del Circuito de Bogotá, doctor Álvaro Rojas Charris, Presidente Nacional de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano – U.C.N.C.-, dio respuesta a los interrogantes planteados por la Corte mediante Auto del 16 de julio de 2015, con base en cuatro consideraciones: la primera, sobre si vulneran los notarios los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo al negarse a celebrar o registrar el matrimonio civil entre ellos; la segunda, en cuanto a si tienen las parejas del mismo sexo derecho a contraer matrimonio civil; la tercera, en relación con la competencia de la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden o no contraer matrimonio; y la cuarta, en relación con el alcance y características del “*vínculo contractual*” entre las parejas del mismo sexo.

Sostuvo que, según el ordenamiento jurídico colombiano, el Notario carece de autoridad para tramitar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, como sí la tiene en relación con la celebración del civil entre parejas heterosexuales, en virtud del artículo 42 de la Carta Política y del Código Civil a partir de su artículo 113, en consideración a que no hay ley expresa que consagre la institución del matrimonio civil para tales parejas.

No obstante, consideró que debería haber ley expresa que se pronuncie al respecto en desarrollo de los principios de igualdad, respeto y protección a la dignidad humana, autonomía de la voluntad, protección al libre ejercicio de la personalidad, entre otros, que forman un bloque constitucional de derechos fundamentales que deben ser desarrollados a plenitud por el legislador colombiano.

Manifestó que actualmente el notario colombiano sólo tiene autoridad para formalizar y solemnizar el vínculo contractual entre personas del mismo sexo en los términos de los numerales cuarto y quinto de la Sentencia C-577 de 2011, en virtud de los cuales se dispuso que si el Congreso de la República no expedía la legislación que regule la situación de las parejas del mismo sexo, se atribuiría competencia a los jueces y notarios del país para que las parejas del mismo sexo pudiesen, por lo menos, formalizar y solemnizar su unión marital, con el fin de constituir una familia y de hacer realidad la protección de los derechos que se desprenden del vínculo jurídico de derecho de familia al cual se refirió la Corte con los claros fines ya expuestos.

Consideró que si el suscrito notario hubiese admitido el trámite de matrimonio solicitado por la pareja del mismo sexo, habría ido en contravía de la Sentencia C-577 de 2011, pues ésta dejó intacto el matrimonio civil para las parejas heterosexuales y suplió el déficit de protección existente para las parejas del mismo sexo al reconocer que estas pueden acudir ante Notario Público o Juez de la República para crear, en la categoría de vínculo jurídico, la unión entre ellas como producto de la decisión libre, espontánea y autónoma, de vivir juntos, constituir una familia y adquirir los derechos y contraer las obligaciones y deberes propios de la relación jurídica solemnizada en cumplimiento del mandato jurisprudencial.

Sostuvo que si se hubiere aceptado tramitar la solicitud que presentó la pareja ya anotada, habría generado un acto inválido, en el grado de nulidad absoluta de derecho sustancial, por ausencia del elemento subjetivo del contrato calificado por el género hombre-mujer, así como en el grado de nulidad formal del instrumento público según mandato del artículo 99 del Decreto ley 960 de 1970. De esta forma, indicó que pobre sería el servicio que prestan las autoridades notariales si dieran fe de autenticidad a unas declaraciones tendientes a configurar un determinado acto o contrato,

como es el del matrimonio civil entre hombre y mujer o el de la solemnización del "*vínculo contractual entre parejas del mismo sexo*", sin reunir los documentos necesarios para la validez del respectivo acto y entregarle a la sociedad una escritura pública con apariencia de validez jurídica, por haber sido procesada con vicios de derecho sustancial o de derecho notarial, susceptible de ser declarada nula, en un futuro, por el juez.

Consideró que con su actuar no vulneró los derechos fundamentales de los miembros de la pareja del mismo sexo que acudieron a la notaría en solicitud de matrimonio civil, pues tal vulneración sólo podría haberse dado si el ordenamiento jurídico colombiano hubiese institucionalizado la figura del matrimonio también para las parejas del mismo sexo. Asimismo, adujo que la vulneración que endilgó al suscrito es inexistente, en consideración a que la función notarial únicamente la puede ejercer el Notario cuando la ley le da competencia para que con su intervención se solemnice un determinado contrato, sea a través de la escritura pública o de acta notarial para actos jurídicos y hechos que la ley ordena o que las partes desean pasar ante notaría con el fin de revestirlos de plena autenticidad.

Frente al interrogante relacionado con el derecho de los miembros de una pareja del mismo sexo a contraer matrimonio, señaló que en su calidad de Notario considera que, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales y legales que atañen el matrimonio civil, las parejas del mismo sexo no tienen derecho a contraer matrimonio en atención a que las reglas de derecho positivo no consagran la formalización de la institución del matrimonio entre integrantes de pareja del mismo sexo. Reiteró que la función notarial se sujeta a la ley y ésta limita la autonomía y la facultad interpretativa, por lo que el notario debe ceñirse estrictamente a lo decidido en el resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011, en concordancia con la argumentación jurídica realizada por la misma Corte, en cuanto la *ratio decidendi* es la plataforma básica que sustenta la decisión y, en suma, es su justificación, y por ello tiene fuerza vinculante.

Por otro lado, consideró, en su calidad de particular con formación jurídica inmersa en la ideología liberal y demócrata, que la respuesta al interrogante planteado en relación con el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio es afirmativa, pues el núcleo del interrogante

se centra en el reconocimiento legal de derechos fundamentales y más concretamente en la igualdad y en el llamado "*dilema de la diferencia*", en este caso íntimamente ligado a la orientación sexual. Sostuvo que en el siglo XXI, no es admisible que la sociedad ni el Estado tengan ceguera funcional ante la realidad de la evolución social y la necesidad de que el ordenamiento jurídico armonice las instituciones con ella.

Señaló en relación con el interrogante concerniente a la facultad de la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, o no, que la competencia de legislar la materia se le atribuye exclusivamente al Congreso de la República, ya que en virtud del artículo 150 de la Carta, corresponde al Congreso hacer las leyes y que, por medio de esta función, las interpreta, reforma y deroga. Igualmente indicó que, de conformidad con el artículo 42 constitucional, se rigen por la ley civil, entre otros, las formas de matrimonio y los derechos y deberes de los cónyuges, y que la ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Indicó que el Decreto 960 de 1970 asigna competencia a los notarios para llevar el registro civil conforme a la ley y para cumplir con las demás funciones que le señalen las leyes.

Fue enfático en señalar que la competencia está en cabeza del Congreso, puesto que es dicha entidad el "*centro de producción normativa*" competente para legislar sobre el matrimonio civil de las parejas del mismo sexo, su validez y existencia, su eficacia y sus instituciones aledañas como medios de garantía y de protección de los derechos, debidamente casadas bajo la institución del matrimonio civil que debe estatuir el legislador.

En relación con el alcance y las características del "*vínculo contractual*" de las parejas del mismo sexo, mencionado en el numeral 5° de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011, afirmó que: (i) se trata de un vínculo que supera el nivel del contrato propio de la unión marital de hecho, tanto entre personas heterosexuales, como entre personas homosexuales. En otros términos, del vínculo natural se pasa al vínculo jurídico; (ii) nace por un contrato solemne, en tanto se realiza ante Juez o ante Notario Público; (iii) tanto la diligencia judicial como el trámite de la escritura pública ante Notario son elementos de la esencia del vínculo y, por lo tanto, son presupuesto de validez y de eficacia del mismo; (iv) tanto

127

el Juez como el Notario Público deben ejercer control de constitucionalidad y de legalidad para que el contrato no nazca viciado y para que produzca los efectos propios a la función práctica, social y jurídica del contrato celebrado<sup>4</sup>; (v) el vínculo contractual en comentario, no es matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.

Indicó que la Corte Constitucional analizó las instituciones de la familia y sus formas de constituirse, del matrimonio, su conformación y efectos, en discurso que se centra principalmente en el artículo 42 de la Carta, para deducir que la pareja hombre-mujer cuenta con dos opciones (vínculos natural y jurídico) para conformar una familia, mientras que la pareja homosexual carece de la opción de formarla mediante un vínculo jurídico por cuanto el matrimonio, en la regla constitucional, está ligado a la pareja heterosexual.

### **3. INSTITUCIONES Y PERSONAS QUE CONSIDERAN QUE LA CORTE DEBE AMPARAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ACCIONANTES**

#### **3.1. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia**

La Oficina del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia valoró los avances del Estado colombiano frente al tema de protección de los derechos de las personas LGBTI y, para efectos de su intervención, se refirió a los siguientes aspectos: el primero, relacionado con las diferentes sentencias que ha proferido la Corte Constitucional en virtud de las cuales se ha reconocido la dignidad inherente a todo ser humano sin distinción de su orientación sexual, identidad o expresión de género, y la necesidad de protección legal reforzada que requieran las personas LGBTI para poder ser libres e iguales que las demás personas en el país; el segundo, con respecto a los avances que se han presentado a nivel mundial en materia de protección de los derechos de las personas LGTBI; y el tercero, relacionado con la documentación sobre la existencia de leyes y prácticas discriminatorias en

<sup>4</sup> Señala que el artículo 15 del Decreto ley 960 de 1970 dicta que cuando el notario redacte el instrumento, deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones, para que queden fielmente expresados en el instrumento. Indicará el acto o contrato con su denominación legal si la tuviere; y al extender el instrumento velará porque contenga sus elementos esenciales y naturales propios de aquel, y las estipulaciones especiales que los interesados acuerden o Indique el declarante único, redactado todo en lenguaje sencillo, jurídico y preciso.

relación con los temas de reconocimiento de las relaciones y acceso conexo a prestaciones del Estado.

Indicó que la Oficina ha hecho un recuento de la línea jurisprudencial que existe frente al tema, indicando que existe un mínimo legal que ha permitido avances en el plano administrativo para igualar la protección de los derechos de parejas del mismo sexo en relación a la que se le ha reconocido a parejas heterosexuales; en este entendido, se refirió a los siguientes precedentes jurisprudenciales: T-097 de 1994, T-999 de 2000, T-1426 de 2000, SU-623 de 2001, T-725 de 2004, C-075 de 2007, T-856 de 2007, T-1241 de 2008, T-051 de 2010 y C-577 de 2011.

Reconoció que se han construido e implementado políticas públicas que buscan el reconocimiento pleno de la ciudadanía a las personas LGBTI y que es un hecho que se está trabajando en la elaboración de una política pública nacional para dar un paso significativo en la lucha contra estereotipos y violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, señaló que, aun cuando han habido avances, hay retos grandes que enfrentar; indicó que las cifras de homicidios, agresiones y actos discriminatorios que reportan personas afectadas a través de organizaciones de la sociedad civil, son un reflejo de la realidad que enfrentan muchas personas. Según la Oficina esta situación genera una brecha que pide un mensaje claro y contundente del Estado y del Gobierno en el sentido de que ninguna forma de violencia y discriminación basada en prejuicios sobre la orientación sexual, identidad o expresión del género es aceptable en el país.

Indicó que muestra de esta necesidad se evidencia en el hecho de que se han conocido casos en los cuales se le ha impedido a una persona acompañar a su pareja (del mismo sexo) a una institución de salud tras una delicada situación clínica, por el hecho de no haber registrado su unión, se evidenció que además se impidió la posibilidad de recibir información sobre el estado de salud de su pareja y adicionalmente los familiares se negaron a brindarle información y el reconocimiento de la pensión argumentando que desconocían el tipo de relación que las mujeres sostenían.



Por situaciones como las relatadas en el punto anterior, indicó que se ha procedido a elaborar una referencia de los avances que hay en materia de protección de los derechos de las personas LGBTI a nivel mundial, así:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23, reconoce el derecho que todos y todas tenemos a contraer matrimonio y fundar una familia, de manera libre y sin sufrir discriminación en condiciones de igualdad para los miembros de la pareja, bajo la protección del Estado. Igual reconocimiento hace la Convención Americana en su artículo 17.

Según la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Humanos, en la cual se hace alusión al tipo de familia que es reconocido por el Pacto, el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro y aún entre regiones dentro de uno mismo, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideran a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en este artículo.

Al respecto, señaló que tanto el Comité como el Pacto dejan una cláusula abierta para que los Estados parte puedan adoptar medidas en el derecho interno para implementar avances que sean convenientes en la materia.

Se explicó que se deben abordar los conceptos de discriminación de *iure* y discriminación de *facto*, en el sentido de que, si bien en Colombia no existen disposiciones legales que restrinjan el derecho a las uniones de pareja del mismo sexo a contraer matrimonio, existen diversas prácticas sociales que permean a operadores judiciales y notarios para no buscar medidas que amplíen la protección legal de éstas.

Sostuvo que en relación con las personas del mismo sexo se encuentra la necesidad de prevenir o corregir, los vacíos legales que puedan conducir a un trato diferenciado por parte de los operadores judiciales o notarios.

En relación con la documentación sobre la existencia de leyes y prácticas discriminatorias en relación con los temas de reconocimiento de las

relaciones y acceso conexo a prestaciones del Estado<sup>5</sup>, consideró que es fundamental en la discusión la importancia de reconocer que hay una discriminación de facto, que surge tras la falta de reconocimiento legal expreso de la igualdad que requieren las uniones de parejas del mismo sexo. Los vacíos en las figuras legales pueden derivar en interpretaciones restrictivas sobre la conformación de parejas o familias, en contextos de discriminación general contra las personas LGBTI, que termina por generar violaciones a los derechos humanos.

De otra parte, afirmó que la experiencia internacional indica que está avanzando de forma positiva un proceso de protección internacional en la medida en que de acuerdo con Informes de Trabajo, en abril de 2015 eran ya 34 Estados los que ofrecían a parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio o de establecer una unión civil, con muchas de las prestaciones y los derechos del matrimonio. Indicó que los países que han reconocido el matrimonio igualitario son: España, Francia, Dinamarca, Reino Unido, Chile, Brasil, Uruguay, Argentina y Estados Unidos.

Resaltó que es de valorar la importancia de que se adopten medidas progresivas en el reconocimiento y la protección legal de los derechos de las parejas del mismo sexo hasta el nivel en el que se encuentran las parejas heterosexuales.

### **3.2. Albie Sachs**

Albie Sachs, Activista y Exjuez de la Corte Constitucional de Sudáfrica, solicitó que se acceda al matrimonio igualitario, para lo cual, mencionó que se desempeñaba como juez de la Corte Constitucional de Sudáfrica al momento en el que se estudió sobre la constitucionalidad de la ley de matrimonios de ese país, y que en aquella ocasión, se decidió declararla inconstitucional en consideración a que no se les permitía a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio. Dividió su intervención en tres aspectos fundamentales: (i) la inconstitucionalidad del matrimonio como estaba concebido en Sudáfrica; (ii) la solución a la que llegó la Corte Constitucional de Sudáfrica en relación con el caso concreto; (iii) cómo la Corte se aproximó al asunto relacionado con las relaciones entre las autoridades públicas seculares y los derechos civiles por un lado, y las muy

---

<sup>5</sup> Ver A/HCR/29/23, P. 19 y P. 20 en donde se encuentra la revisión periódica del informe presentado por Bulgaria y Eslovaquia al recomendar que se adopten medidas legales para ampliar la protección de parejas del mismo sexo.

fuertes convicciones religiosas de una gran parte de la comunidad sudafricana por el otro.

Sobre la inconstitucionalidad del matrimonio en Sudáfrica, señaló que la ley que regulaba el matrimonio en Sudáfrica se basaba en el *Common Law* heredado de Inglaterra y de Holanda que se mantuvo vigente por siglos en el sistema Sudafricano. Indicó que el *Common Law* consagraba que el matrimonio era la unión de por vida entre un hombre y una mujer, y que esta definición fue también incorporada de manera directa en la ley del matrimonio, la cual también preveía la posibilidad de celebrar matrimonios en público.

Señaló que los votos matrimoniales que se compartían en las diferentes celebraciones públicas de matrimonios eran los siguientes: “*Yo, AB, te tomo a tí, CD, para ser mi legítimo esposo/esposa*”, por lo que estaba claro que el matrimonio estaba concebido para un hombre y una mujer y que se excluía el matrimonio entre parejas del mismo sexo, quienes no podrían celebrar matrimonios en público ni de tomar los votos matrimoniales. Adujo que la norma en mención fue demanda ante los distintos juzgados hasta llegar a la Corte Constitucional que finalmente resolvió el asunto.

Explicó que la solución a la que llegó la Corte Constitucional de Sudáfrica consistió en declarar que la exclusión a las parejas del mismo sexo de los beneficios que trae la institución del matrimonio y de los que sí gozan las parejas heterosexuales, era manifiestamente inconstitucional. Indicó que no se trataba de que las parejas del mismo sexo fueran el blanco de la exclusión, sino que el problema legal consistía en que éstas se habían vuelto invisibles; la ley del matrimonio era “*subincluyente*” y era inconstitucional porque limitaba el matrimonio a las parejas heterosexuales.

Señaló que el problema consistía en responder a la invisibilidad, y la Corte decidió de manera unánime que la indignidad que se les impuso a las parejas del mismo sexo al no permitir que su amor, su intimidad y su deseo de volverse una pareja reconocida públicamente, y al impedirles tener el mismo soporte legal del derecho de familia que las parejas heterosexuales tenían, era un profundo resquebrajamiento de la dignidad de las parejas del mismo sexo. Mencionó que cualquier sugerencia relativa a que, de algún modo, un reconocimiento público de la intimidad, amor, afecto y

responsabilidades mutuas de las parejas del mismo sexo, podría resquebrajar el derecho de familia, era una mala interpretación de la naturaleza del derecho de familia, pues debería ser incluyente y no excluyente.

Manifestó que la Corte fue unánime en oponerse a la noción de “*separados pero iguales*”, pues esta noción fue utilizada en la historia sudafricana para excluir a las personas de color de recibir los mismos beneficios que las personas blancas. Indicó que se sintieron del mismo modo en torno a los matrimonios del mismo sexo a como lo fueron en relación con la exclusión y discriminación racial; “*separados pero iguales no sería una solución apropiada*”.

Expuso que es inconstitucional negar a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse, y adujo que la decisión consistió en exhortar al Parlamento para que en el término de un año, hiciera los cambios estatutarios necesarios del modo que quisieran, de manera que aseguraran que el resultado legislativo terminara garantizándole a las personas del mismo sexo el derecho a casarse. Aseguró que el problema hubiera sido que el Parlamento no hubiere cumplido con la decisión de la Corte en el término señalado; al respecto, explicó que la Corte creó un mecanismo novedoso para la ocasión, ya que dispuso que si el Parlamento no aprobaba la legislación necesaria dentro del año previsto para el efecto, no sería necesario para las partes volver a la Corte para buscar una nueva solución, sino que automáticamente se corregiría el texto de la ley en el sentido de reconocer el matrimonio a las parejas del mismo sexo.

En relación a cómo la Corte se aproximó al asunto relacionado con la interacción entre las autoridades públicas seculares y los derechos civiles por un lado, y las muy fuertes convicciones religiosas de una gran parte de la comunidad sudafricana, por el otro. Refirió que la Corte se inclinó por la coexistencia y no por la competencia entre las autoridades públicas seculares y los sectores religiosos, en consideración a que no es beneficioso que las personas que protegen los derechos de las parejas del mismo sexo condenen y denuncien a los oponentes del matrimonio igualitario.

Manifestó que la Constitución que protege a las parejas del mismo sexo también ampara a las comunidades de fe que no creen en el matrimonio

entre parejas del mismo sexo para no ser obligadas a celebrar esos matrimonios. Agregó que la Corte ahondó en enfatizar su respeto por la libertad religiosa, pero bajo el entendido de que ésta no puede ser un fundamento para determinar los derechos civiles y los derechos humanos básicos ni la dignidad de los sudafricanos.

### **3.3. Ministerio del Interior**

Intervino en representación del Ministerio del Interior, el Ministro Juan Fernando Cristo, quién basó su intervención en el desarrollo de las siguientes temáticas: en primer lugar, se refirió a la función del Ministerio del Interior en coordinar y desarrollar políticas públicas en materia de prevención, protección y asistencia a favor de los derechos fundamentales de la población LGBTI del país; en segundo lugar, hizo un recuento sobre los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de uniones entre parejas del mismo sexo.

Destacó que ha habido algunos momentos de cambio importantes en la doctrina constitucional antes de la sentencia C-577 de 2011, que reconoce la familia originada en las uniones de personas del mismo sexo y establece la posibilidad de establecerlas mediante contratos formales solemnes. Sobre dichos antecedentes, relató cómo la Corte Constitucional de manera reiterada ha reconocido que la familia como institución tiene origen por vínculos naturales o por vínculos jurídicos, al interpretar el artículo 42 de la Constitución Política y la diferencia entre matrimonio y unión marital. Sin embargo, de acuerdo con la revisión de antecedentes que hace la misma Corte, esta reconoce que el concepto de familia que el Constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.

Indicó que, posteriormente, en sentencia T-725 de 2004, la Corte consideró que dichas interpretaciones debían hacerse extensivas a las parejas del mismo sexo. Relató que hubo posturas opuestas en las sentencias SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, en las cuales, se entendieron diferencias entre una relación homosexual permanente y el concepto constitucional de familia; incluso en la sentencia C-075 de 2007 también se denota esta orientación en tanto el análisis parece enfocado hacia los aspectos patrimoniales de la pareja conformada por las personas del mismo sexo, sin hacer mención del concepto de familia merecedora de la protección constitucional.

Señaló que a partir de la sentencia C-075 de 2007 hubo un cambio importante en la doctrina constitucional al consagrar el régimen de protección de las uniones maritales de hecho aplicable a las parejas del mismo sexo; en este fallo también se reiteraron las subreglas para el análisis de casos de discriminación que se establecen en la sentencia C-075 de 2002. En este sentido, consideró que con este giro, la doctrina constitucional entiende y acoge que ambos tipos de parejas tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección y que la libre opción sexual se vive y tiene proyección en la vida en relación, por lo cual las parejas del mismo sexo tienen necesidades similares que las parejas heterosexuales para lograr la realización de su proyecto de vida común. En relación con las subreglas referidas, sostuvo que se determinó que el tratamiento diferenciado de las parejas del mismo sexo con respecto a las heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad, y este análisis tiene como punto de partida el presunto trato diferenciado.

Frente a la sentencia C-577 de 2011 señaló que constituye el punto de partida para la elaboración de un desarrollo jurisprudencial que protege a las parejas del mismo sexo garantizando el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, y que será tenido en cuenta como para la construcción de una doctrina constitucional protectora que salvaguarde de manera plena la igualdad de todas las personas sin distinciones relacionadas con su sexo y su sexualidad, respecto de la posibilidad de celebrar de manera válida uniones maritales contractuales, formales y solemnes, que bien pueden cubrirse con las normas vigentes del Código Civil para los contratos matrimoniales, hasta tanto el legislador cumpla con el deber de regular la materia dentro de los límites de los derechos constitucionales fundamentales.

En relación con el reconocimiento de la familia, sostuvo la necesidad de establecer si existe una relación directa entre el derecho al matrimonio y la institución de la familia, y si efectivamente la hay, cómo esa relación de condicionamiento podría implicar una negación del derecho a contraer matrimonio a personas con orientaciones e identidades sexuales diversas que constituyen parejas y familias, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Agregó que la posibilidad de la celebración del matrimonio debe ser vista también como atributo personal y en esa perspectiva requiere de un tratamiento jurídico específico como derecho y, por tanto, diferenciado aunque relacionado a la institución de la familia.

131

Esto hace necesario también su abordaje como un derecho fundamental ligado a otros derechos fundamentales como la autonomía personal y el derecho a la igualdad.

Señaló que de la constitución de las familias se derivan efectos personales y patrimoniales; en cuanto a estos últimos, se ha reconocido para las parejas del mismo sexo una protección patrimonial a partir de la sentencia C-075 de 2007, mediante la extensión de prestaciones, beneficios o cargas antes asignados exclusivamente a las parejas heterosexuales y, particularmente, a los miembros de las uniones maritales de hecho. Indicó sobre los efectos personales, que la Corte ha evocado el concepto general de familia, al referirse a los efectos personales de las uniones permanentes de dos personas del mismo sexo, así por ejemplo cita la sentencia C-029 de 2009, en la cual se indicó que la pareja, sea heterosexual u homosexual, tiene un proyecto de vida común, una vocación de permanencia y comporta asistencia recíproca y solidaria entre sus integrantes, lo que fue reiterado a propósito de la obligación alimentaria, al puntualizar que la existencia de una especial vinculación da lugar a lazos de afecto, solidaridad y respeto.

Expuso que la Corte dio un giro frente a la interpretación del artículo 42 Constitucional, en el cual se establece que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos; al respecto, afirmó que el vínculo jurídico no se refiere de manera exclusiva al matrimonio entre heterosexuales, sino que pueden establecerse vínculos jurídicos con personas del mismo sexo. Y frente a los vínculos naturales, estos ya no se concretan en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, sino que se entiende que pueden ser constituidas también por personas del mismo sexo. Indicó que ese discernimiento argumentativo de la Corte ha sido realizado con base en una hermenéutica textual de los contenidos normativos de la constitución, como de una interpretación evolutiva de los mismos. De esta forma, agregó que la Corte ha manifestado que *“este cambio en la interpretación del primer inciso del artículo 42 superior no se aparta de la comprensión literal del mismo”* de acuerdo con lo elaborado en la jurisprudencia de tiempo atrás.

Concluyó que, para la Corte, es acorde con la Constitución asimilar a todas las familias con miras a su protección, de manera independiente del acto o hecho jurídico que le da origen y de la orientación e identidad sexual de los que la conforman. Afirmó que con la concepción amplia de familia

acogida por la Corte, se reconoce a todas las familias y se extiende la protección constitucional a todas, con una interpretación que da cuenta del carácter garantista de la Constitución Política de Colombia, en la cual se recoge una paulatina elaboración jurisprudencial de varios años a su interior. Se reconoce la importancia de esta concepción amplia en los fines, como lo es la protección de las familias, que contrasta con el mantenimiento de ambigüedades en los medios para constituir la que derivan en restricciones. Estas restricciones pueden entrañar una contradicción, en primer lugar, respecto del fin, y en segundo lugar, respecto del carácter de derecho fundamental de tal elección a la hora de constituir la familia, en el caso de las parejas con orientaciones e identidades sexuales diversas.

En relación con el contrato solemne para la formalización de las uniones de parejas del mismo sexo, consideró que resulta claro para la doctrina constitucional colombiana que las uniones entre parejas del mismo sexo constituyen familia, y que pueden si así lo desean, formalizar su unión mediante un contrato marital solemne. Pero persiste en términos generales la ambigüedad respecto a la posibilidad expresa de celebrar contratos matrimoniales en los términos exactos en que se encuentra regulado en el Código Civil, indefinición que se mantiene a pesar de las distintas interpretaciones y aplicación que han realizado algunas autoridades de la jurisprudencia de la Corte. Esta situación hace que, a pesar de los avances realizados en sentencia C-577 de 2011, se mantenga el déficit de protección señalado también por la Corte.

En atención a las anteriores consideraciones solicitó a la Corte Constitucional declarar que para superar el déficit de protección existente, las personas que conforman parejas del mismo sexo que deseen formalizar su unión, así como los Jueces y Notarios Públicos ante quienes se presenten deben acudir a un contrato análogo al contrato de matrimonio civil vigente en el derecho colombiano, con todos sus efectos, incluida su denominación, mientras el legislador emite una regulación específica sobre la materia, de acuerdo con su libertad configurativa dentro de los límites de los principios y derechos fundamentales de la Constitución, en particular el artículo 13 Superior, donde se establece el derecho a la igualdad, así como el artículo 14 que consagra el derecho a la personalidad jurídica, y los artículos 1º y 16 que respectivamente consagran los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.



### 3.4. Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministro de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes Alvarado, procedió a dar respuesta a cada una de las preguntas remitidas por esta Corporación en los siguientes términos:

*¿Cuál es el alcance y las características del vínculo contractual de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011?*

Para responder esta pregunta, precisó que la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2011 aceptó que el artículo 42 de la Constitución<sup>6</sup>, en concordancia con el 5º, no consagra una estructura familiar específica. De acuerdo con este razonamiento, sostuvo que la conformación de una familia, en términos estrictamente jurídicos, depende de la existencia de un proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, basado en el afecto, el respeto y la solidaridad. Y dado que esas características no son exclusivas de las parejas heterosexuales, sino que son perfectamente aplicables a las homosexuales, es innegable que, cuando ellas estén demostrados como componentes de una relación entre personas del mismo sexo, se estará en presencia de una familia.

Igualmente, sostuvo que cuando una pareja formaliza ante una autoridad civil esa relación basada en un proyecto de vida en común, con vocación de permanencia y fundado en el afecto, el respeto y la solidaridad, desde el punto de vista jurídico se habla de la existencia de un contrato de matrimonio, que legalmente hace surgir entre sus integrantes una serie de obligaciones y derechos. Cuando esa misma relación no se formaliza ante una autoridad civil, la doctrina, la jurisprudencia y la ley coinciden en reconocer la existencia de una unión marital de hecho entre sus integrantes, de la cual emanan también una serie de derechos y deberes recíprocos. En principio, toda pareja es libre de decidir si formaliza o no ante las autoridades civiles esa relación y, por consiguiente, su condición de esposos o compañeros permanentes depende de su propia elección.

---

<sup>6</sup> "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".

Sin embargo, resaltó que la redacción del artículo 113 del Código Civil colombiano le cierra a las parejas de un mismo sexo la posibilidad de optar por formalizar su relación conforme a esa legislación; razón por la que la Corte Constitucional concluyó que esa norma establece una diferencia inconstitucional entre las parejas heterosexuales y homosexuales, pues la posibilidad de formalizar su relación a través de la figura jurídica del matrimonio sólo está reservada a las parejas compuestas por personas de distinto sexo, y exhortó al Congreso de la República para que legislara sobre la figura contractual que permitiera a las parejas del mismo sexo superar ese déficit de protección.

En cuanto a las características de ese vínculo, consideró que ante la ausencia de una normativa que fije sus alcances y características, se debe aplicar analógicamente la regulación existente para esos supuestos de hecho en relación con las parejas heterosexuales, que gira en torno al concepto de matrimonio. Esta afirmación está soportada en las siguientes cuatro razones:

La primera, es que cualquier distinción que pretendiera hacerse sobre los alcances y características del matrimonio heterosexual frente a un vínculo jurídico diverso aplicable solo a las parejas homosexuales debería superar un test de igualdad en sentido estricto. Ese grado de intensidad del test se funda en el hecho de que la diferenciación se realizaría con base en una clasificación sospechosa, como lo es la orientación sexual; conviene recordar que la discriminación por razón del sexo se encuentra expresamente prohibida por el artículo 13 de la Constitución Política<sup>7</sup>, y que la población con esa orientación sexual ha sido históricamente discriminada, como en diversas oportunidades ha sido puesto de presente por la Corte Constitucional<sup>8</sup>. A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, no existe ninguna característica que justifique diferenciar el contrato de matrimonio para las parejas heterosexuales de un contrato diverso aplicable solo a uniones formales del mismo sexo, en forma tal que permitiera superar un test de igualdad en sentido estricto.

---

<sup>7</sup> "ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica". (Destacado fuera del texto).

<sup>8</sup> Ver, entre otras, las Sentencias T-629 de 2010, C-371 de 2000 y C-481 de 1998.

La segunda, que no hay una disposición legal que permita interpretar lo contrario. En consecuencia, resulta válido afirmar, como lo hace alguna parte de la doctrina, que la simple circunstancia que el artículo 42 de la Constitución Política se refiera solamente al matrimonio heterosexual, no debe ser entendida como una prohibición de aplicar ese contrato a las parejas del mismo sexo.

La tercera, que una interpretación contraria podría generar situaciones en las que no se supere el déficit de protección al que estaban sometidas las parejas del mismo sexo. De nada serviría que las parejas homosexuales contaran formalmente con un vínculo jurídico para constituir su familia, si éste no tiene los mismos efectos previstos para el vínculo contractual de las personas heterosexuales; y está claro, conforme a la jurisprudencia especializada, que la protección jurídica derivada de las uniones maritales de hecho es inferior a la que dimana del matrimonio.

La cuarta, guarda estrecha relación con la anterior, ya que no existe otro vínculo jurídico que acarree en el Registro Civil las mismas consecuencias del matrimonio.

*¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho a contraer un matrimonio civil?*

La respuesta del Ministerio de Justicia y del Derecho a este interrogante es afirmativa, en atención a que una interpretación contraria podría generar espacios donde se reproduzca el déficit de protección que tenían las parejas del mismo sexo antes de la sentencia C-577 de 2011, dado que la protección jurídica que tienen las uniones maritales de hecho que estarían reservadas a uniones formales del mismo sexo sería inferior a la que se deriva de los matrimonios que celebran entre sí los heterosexuales.

Indicó que si se pretendiera hacer una distinción entre el matrimonio heterosexual y un vínculo contractual diverso para parejas homosexuales, esa diferenciación no superaría un test de igualdad en sentido estricto. Agregó que dado a que el vínculo contractual que debe regir las uniones formales entre parejas homosexuales debe brindar la misma protección jurídica que el matrimonio previsto para las uniones heterosexuales, no existe una razón válida para otorgarle un nombre diverso.

*¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, o esta es una competencia del Congreso de la República?*

A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Corte Constitucional es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, como consecuencia de la existencia de una omisión legislativa relativa. Al respecto, señaló que aunque de acuerdo con la Constitución Política la Rama Legislativa es la competente para expedir las leyes, incluyendo los “*códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones*”<sup>9</sup>, es evidente que hasta el momento el Congreso colombiano se ha ocupado de la institución del matrimonio civil sólo respecto de un universo específico, que es el de las parejas heterosexuales, sin que a la fecha haya sido ampliada a las uniones homosexuales, lo que, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, constituye un déficit de protección constitucional. Estimó que como quiera que ni dentro del plazo fijado en la sentencia comentada, ni en el momento actual el Congreso ha expedido la normativa a la que se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, no cabe ninguna duda en cuanto a que nos hallamos en frente de una omisión legislativa relativa, que adquiere relevancia en materia de la presente acción de tutela, en la medida en que la ausencia de actuación del Congreso de la República, ha generado espacios donde se han vulnerado los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, como ha ocurrido en algunos de los casos acumulados.

En consecuencia, consideró que se debe dar aplicación a esta figura de la omisión legislativa, no obstante ser propia del juicio de constitucionalidad, toda vez que permitiría resolver la vulneración de derechos humanos que sufren algunos de los accionados y actores. Para determinar si en el caso bajo análisis existe una omisión legislativa relativa, realizó el siguiente examen diseñado por esta Corte: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para

<sup>9</sup> Art. 150 Num. 2 Constitución Política.

134

los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al legislador.

Así las cosas, estimó que ante la existencia de una omisión legislativa relativa, el déficit de protección al que están sometidas las parejas homosexuales debe ser corregido por la Corte Constitucional, no solo reconociendo de manera expresa dicha omisión sino, adicionalmente, indicando la forma en que aquél debe ser suplido, mientras el Congreso de la República legisla sobre el particular.

*¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?*

Consideró que no reconocerle a las parejas homosexuales el derecho a formalizar legalmente sus uniones mediante el contrato de matrimonio, supone una vulneración a sus derechos fundamentales. Ello es así porque, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, existe un déficit de protección de las parejas homosexuales frente a las heterosexuales, y toda actuación que reafirme ese déficit de protección (como puede ser el negarles la posibilidad de contraer matrimonio civil), constituye una vulneración de derechos fundamentales.

### **3.5. Colombia Diversa y DEJUSTICIA**

La doctora Marcela Sánchez Buitrago<sup>10</sup> y el doctor Rodrigo Uprimny Yepes<sup>11</sup> consideraron que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario de conformidad con las siguientes temáticas principales: la primera, con respecto a la posición filosófica de la interpretación; la segunda, en relación con el desarrollo de los interrogantes de la Corte Constitucional respecto de la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011; y la tercera, sobre la presentación de la naturaleza y la estructura de dicha orden, los métodos de interpretación de la misma y la competencia de la

<sup>10</sup> Directora Ejecutiva de Colombia Diversa

<sup>11</sup> Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–.

Corte Constitucional para establecer la protección constitucional del matrimonio igualitario para las parejas del mismo sexo.

Indicaron que, debido a que el legislador dentro del plazo de dos años concedido por la Corte Constitucional no aprobó una ley que permitiera superar el déficit de protección constitucional al que han estado sometidas las parejas del mismo sexo, corresponde aplicar la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011, en el sentido de permitir que las mismas contraigan matrimonio, al considerarse éste como el único contrato que permite superar el déficit de desprotección que afecta a las parejas homosexuales, y puesto que cualquier intervención en sentido contrario desconocería los derechos adquiridos y vulneraría el principio de no regresividad, pues múltiples parejas han contraído matrimonio civil durante los dos años transcurridos desde que se venció el plazo para que el legislador regulara el tema.

Sostuvieron que las parejas del mismo sexo constituyen familia y por tanto deben acceder a la institución del matrimonio. El debate no debe centrarse en concepciones religiosas o, de manera particular, sobre el matrimonio, la familia, la moralidad, capacidades, aptitudes o cualidades de las parejas del mismo sexo; por el contrario, la discusión versa sobre el matrimonio civil como institución, como contrato y como derecho fundamental.

Aseguraron que la controversia constitucional que ahora conoce esta Corporación difiere de la resuelta en la Sentencia C-577 de 2011, puesto que tanto las instituciones como los presupuestos normativos y fácticos han cambiado; resaltaron que en la actualidad las parejas del mismo sexo son reconocidas constitucionalmente como familias; sin embargo, el déficit de protección continúa y hasta el momento no existe una legislación uniforme y los Jueces y los Notarios Públicos no han establecido una protección constitucional clara y uniforme.

A partir de dicha sentencia, la Corte Constitucional abandonó la concepción tradicional de la familia contenida en el artículo 42 Superior y respecto a las parejas del mismo sexo concluyó que *“el requisito de la heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia”*<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Indicaron que la garantía constitucional de proteger a las familias de parejas del mismo sexo se manifiesta en tres formas: (i) antes de la Sentencia C-577 de 2011 no existía una figura distinta a la unión marital de hecho como mecanismo para dar origen solemne y formal a la familia conformada por parejas del mismo sexo; (ii) la Corte exhortó al Congreso para que superara este déficit de protección antes del 20 de julio de 2013, a pesar de este exhorto el Congreso de la República no sólo no reguló el asunto, sino que el reducido número de debates que se llevaron a cabo fueron un escenario de revictimización y humillación de lesbianas, gays, bisexuales, y personas trans; y (iii) el déficit de protección se extendió después del 20 de julio de 2013 porque los Jueces y Notarios Públicos no dieron una protección constitucional uniforme a las familias de parejas del mismo sexo. Como desarrollo de la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011, Jueces y Notarios Públicos adelantaron distintos desenlaces jurídicos para las parejas del mismo sexo. La controversia interpretativa se vio agravada por el accionar de la Procuraduría General de la Nación, que buscó imponer una interpretación altamente restrictiva.

Expresaron que la negativa a dar trámite a un matrimonio de parejas del mismo sexo o la creación de un contrato diferente para regular los derechos y obligaciones de las mismas, vulnera varios derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo: el derecho a la igualdad, a la vida digna, a la protección familiar, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de escogencia, el principio de seguridad jurídica como expresión del derecho al debido proceso y el derecho a la personalidad jurídica.

Arguyeron que los Jueces que han realizado 40 matrimonios de parejas del mismo sexo han garantizado los derechos de estas familias y han superado el déficit de protección. Agregaron que los avances respecto del reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo han sido constantes y paulatinos desde el año 2007. Precisaron que antes de la Sentencia C-577 de 2011 los progresos estaban relacionados con la unión marital y que con posterioridad a la misma se amplió el reconocimiento, luego de que se reconocieron como familias a estas parejas.

De la misma manera, aseguraron que el régimen de protección para las parejas del mismo sexo es el matrimonio civil, pues, a juicio de los intervinientes, constituir un régimen distinto crea una discriminación en

contra de estas parejas con base en cuatro criterios sospechosos, el sexo, el origen familiar, la orientación sexual y la identidad de género. Adicionalmente, consideraron que la Constitución en su artículo 42 no prohíbe este tipo de matrimonio y que además, la interpretación de la norma Superior debe hacerse en armonía con los tratados internacionales de derechos humanos que tampoco lo prohíben.

En el mismo sentido, manifestaron que la interpretación que se hace de la Sentencia C-577 de 2011 debe garantizar en la mayor medida posible los derechos de las parejas del mismo sexo, e indicaron que las normas que regulan el régimen de la familia son de orden público y no se puede aplicar una figura innominada distinta al matrimonio pues solo con esta última se crea o se modifican relaciones familiares y se altera el estado civil de las personas. Asimismo, señalaron que cualquier figura contractual diferente a la del matrimonio representaría un menor nivel de protección, ya que la aplicación de un contrato innominado traería consigo una disminución en la protección de temas como el acceso al sistema de seguridad social, la posibilidad de abstenerse de declarar contra el cónyuge o el compañero permanente, los deberes y derechos personales derivados del contrato de matrimonio, entre otros temas.

Adujeron que debido a que el legislador omitió regular la materia, la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011 creó una norma jurídica en virtud de la cual, a partir del 20 de julio de 2013, las parejas del mismo sexo pueden acudir ante un notario o juez con el fin de contraer matrimonio. Ampliaron este punto al indicar que la norma jurídica fue sometida a una condición suspensiva en su nacimiento y que debido a ello, corresponde a la Corte Constitucional interpretarla de manera sistemática y atendiendo a la finalidad de la misma y con ello superar el déficit de desprotección que se presenta actualmente. Aseguraron que en esta sentencia la Corte reconoció: (i) que las parejas del mismo sexo conforman familias, (ii) que la familia es una comunidad de amor, y (iii) que el matrimonio es una forma privilegiada de acceder a la familia. Asimismo, resaltaron que, dentro de la providencia, la Corte entendió que el texto Constitucional no prohibió ni permitió expresamente el matrimonio entre parejas del mismo sexo, razón por la cual, dejó en cabeza del legislador la regulación de esta materia.



Aseveraron que el órgano legislativo pudo extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo, o crear una nueva figura con la que se superara el déficit de protección, no obstante, no expidió la regulación correspondiente tal como se ordenó en la Sentencia C-577 de 2011 y en atención a lo anterior, una vez agotado ese período, el Congreso cedió su autoridad para que fueran otras autoridades las que hicieran realidad la protección de derechos. Esa autoridad son los Jueces y Notarios Públicos competentes. En otras palabras, un tema de política legislativa devino en un problema constitucional en sentido estricto, ante el bloqueo institucional del Congreso.

De otro lado, expusieron que los jueces llegaron a la conclusión que la mejor manera de cumplir con la orden quinta emanada de la sentencia antes mencionada era la aplicación de la institución del matrimonio. Sobre este punto, consideraron que se debe hacer un análisis de lo que se expuso dentro de la providencia respecto de la analogía. Según los intervinientes, lo que dijo la sentencia es que no hay una obligación del Congreso de aplicar analógicamente el matrimonio, pero una vez establecida la orden quinta, la misma debe ser interpretada en conjunto con las otras órdenes y elementos de la sentencia, la situación cambia y los Jueces y Notarios Públicos estarían facultados –e incluso obligados- a aplicar el matrimonio por analogía.

Concluyeron que el matrimonio es el único contrato que existe en el actual orden jurídico que tiene las tres características que son necesarias para cumplir la orden de la Corte: (i) que sea un contrato solemne (pues la Corte habla de solemnizar el vínculo); (ii) que tenga la capacidad de formar jurídicamente vínculos familiares y modificar el estado civil; y (iii) que sea capaz de corregir la discriminación y el déficit de protección que hoy sufren las parejas del mismo sexo.

Por otro lado, consideraron que corresponde a la Corte Constitucional unificar el sentido y el alcance que debe dársele dentro de nuestro ordenamiento a la norma jurídica que creó la orden quinta de la referida sentencia. Además, en el nuevo panorama constitucional, es claro que las parejas del mismo sexo que se han casado han adquirido derechos que no pueden ser desconocidos y que toda interpretación que niegue esto vulneraría el principio de no regresividad. Para terminar, pusieron de presente que el debate que tiene dentro de su conocimiento la Corte es una

oportunidad para superar la discriminación que existe contra las personas por su orientación sexual e identidad de género diversas.

### 3.6. Mauricio Albarracín Caballero

En su intervención, Mauricio Albarracín Caballero<sup>13</sup> sostuvo que la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011, conforme a la cual “*las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente para formalizar y solemnizar su vínculo contractual*”, debe interpretarse en el sentido de ordenar a los Jueces y Notarios Públicos celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, de conformidad con las siguientes ideas principales: la primera, relacionada con la capacidad de conformar familiar que tienen las parejas homosexuales, al igual que las parejas heterosexuales; la segunda, con respecto al déficit de protección que genera la unión marital de hecho en relación con dichas parejas; la tercera, sobre las dos posibles interpretaciones que se pueden dar a la orden impartida por la Corte en la Sentencia C-577 de 2011; la cuarta, con respecto al contrato de matrimonio como única institución capaz de acabar con el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo; y la quinta, sobre las diez razones por las cuales los contratos innominados no superan el déficit de protección.

En primer lugar, aseguró que las parejas del mismo sexo cumplen con los elementos constitucionales esenciales del matrimonio, toda vez que las mismas son una familia, pues, como lo ha dicho la Corte Constitucional, está fuera de toda duda la condición de familia de ellas. Asimismo, explicó que la Corte Constitucional ha dicho que “*la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges*”, lo cual conduce a determinar que estas parejas son capaces de crear familia a través de su consentimiento, toda vez que comparten con las parejas heterosexuales las finalidades del matrimonio: vivir juntos, auxiliarse y ayudarse mutuamente, por ello el Estado tiene la obligación de reconocer este derecho y de no imponer obstáculos a las personas que han optado por un modelo de familia y no por otro. En este mismo sentido, indicó que decir que heterosexualidad es un elemento esencial del matrimonio es inconstitucional, pues la Constitución no prohíbe el matrimonio entre personas homosexuales, por lo cual, debe utilizarse la interpretación

---

<sup>13</sup> Ex Director de la Organización Colombia Diversa y actual investigador de la sociedad Dejusticia.

“evolutiva” de la Constitución, por esta razón la existencia de sujetos igualmente dignos que los heterosexuales.

En segundo lugar, señaló que la unión marital de hecho no supera el déficit de protección, pues se trata de una figura que tiene mayor formalismo, pero tampoco es aceptable una escritura pública que reconozca un contrato innominado. Declaró que, actualmente, cuando una pareja del mismo sexo va a una notaría a formalizar la unión marital de hecho, le ofrecen una unión solemne, con lo cual se desnaturaliza tanto la unión marital de hecho como el matrimonio. Asimismo, sostuvo que este contrato debe proteger a la familia de las parejas del mismo sexo, lo cual emana de la Sentencia C-577 de 2011 y del inciso 2º del artículo 42 de la Constitución, del cual se desprende que el Estado debe ofrecer una protección coherente con este tipo de familias.

En este orden de ideas, aseguró que existen dos posibles interpretaciones a la orden impartida por la Corte en la sentencia: (i) por un lado, o bien la Corte autorizó la creación de contratipos innominados y atípicos para estas parejas; o (ii) la corte facultó la celebración de matrimonio.

Así las cosas, aseguró que el matrimonio civil es la única figura que puede superar el déficit de protección a las parejas del mismo sexo, porque el matrimonio es un contrato con capacidad de dar origen formal a una familia según las normas de orden público. Se trata de un contrato excepcional, que no está sujeto a las mismas normas de derecho privado, porque crea y protege a la familia, contiene elementos emocionales y simbólicos que no posee ningún otro contrato, modifica el estado civil, genera efectos personales inmediatos y crea derechos y obligaciones entre los cónyuges. En este mismo sentido, afirmó que de la lectura de la Sentencia C-577 de 2011 se desprende que la Corte no autorizó la creación de un nuevo contrato ni tampoco la configuración de contratos familiares *sui generis*.

Igualmente, expuso que los contratos innominados y atípicos no superan el déficit de protección, por diez razones: (i) esos contratos no modifican el estado civil, el cual es la materialización de un derecho fundamental a la personalidad jurídica de la parejas del mismo sexo; (ii) ninguno de los contratos innominados está registrado, sólo el matrimonio; (iii) las parejas del mismo sexo que busquen fijar residencia o establecer la nacionalidad

en otros países, bien sea por voluntad propia o en condiciones de asilo o refugio, no podrán hacerlo mediante contratos distintos al matrimonio. El contrato solemne es una figura sin equivalente en el derecho internacional privado y no es reconocido por terceros países para efectos migratorios, lo cual traería como consecuencia que en países que tienen matrimonio igualitario las parejas del mismo sexo no podrían migrar ni fijar residencia en estos países, sólo hacerlo mediante el matrimonio; (iv) al privar del nombre matrimonio al contrato para proteger a las familias de parejas del mismo sexo, se les priva de otro nombre jurídico relevante, el de cónyuge, el cual es una expresión que establece un híper vínculo con el fin de asignar derechos y deberes (pensión y salud). La discusión sobre el nombre de la instituciones, es también una discusión de efectos concretos de esas palabras; (v) un contrato innominado y atípico no establece una sociedad conyugal y no tiene efectos en los regímenes de sucesiones; (vi) tampoco establece deberes específicos de los cónyuges, que son indispensables para garantizar la vocación y permanencia y auxilio mutuo, las cuales son de tal entidad, que su grave e injustificado incumplimiento constituyen causal de divorcio.

En ese mismo sentido, expuso que: (vii) los contratos innominados no tienen la entidad de generar las protecciones estatales, como el derecho a la no autoincriminación del cónyuge, o los tipos penales que protegen a la familia, como la inasistencia alimentaria, la malversación de bienes administrados en el ejercicio de la curaduría, entre otros, las cuales son normas que establecen consecuencias jurídicas que son de orden civil y penal, son de orden sancionatorio y de carácter taxativo; (viii) el contrato innominado y atípico no tiene previstas las competencias institucionales para resolver las controversias derivadas de la separación de bienes, el divorcio, la disolución del vínculo o las nulidades, lo cual constituye una ausencia de órganos estatales que garanticen el derecho de acceso a la administración de justicia; (ix) el contrato innominado no protege la moralidad administrativa e imparcialidad de la función pública, pues en efecto el matrimonio es una de las causales de impedimento y recusación para el ejercicio de varios cargos públicos, ya que en la legislación civil y penal se considera el cónyuge como un generador de conflictos de interés particular, por tanto la no existencia jurídica de las parejas del mismo sexo, lesiona su interés jurídico dentro del Estado; (x) la existencia de una diversidad de contratos innominados y atípicos genera una inseguridad jurídica y una desprotección mayor de las familias, por cuanto las

múltiples interpretaciones que son susceptibles de derivarse de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011, han obstaculizado la protección de las familias de parejas del mismo sexo; de esta forma, mantener la existencia de estos contratos podría generar incertidumbre en las normas de protección de la familia y de la pareja.

### **3.7. Defensoría del Pueblo**

El doctor Jorge Armando Otálora, Defensor del Pueblo, intervino dentro de la Audiencia Pública sobre la posibilidad de que exista matrimonio igualitario en Colombia, resaltando que la decisión adoptada por la Corte constituye una oportunidad trascendental para la superación de los prejuicios que históricamente han afectado a la población LGBTI, y al respecto se pronunció de conformidad con los siguientes argumentos:

Sostuvo que *“así como las ideas impulsan acciones, el prejuicio motiva violencias”*. Señaló que algunas organizaciones sociales han denunciado ampliamente las agresiones que cotidianamente victimizan a las personas con orientación sexual o identidad de género diversas en Colombia. De esta manera, resaltó el papel que juegan las decisiones del juez constitucional, las cuales deben tener la vocación de impactar los imaginarios sociales y contribuir a la superación de esos estereotipos que tanto daño han hecho a la ciudadanía de nuestro país.

Afirmó que las instituciones en general, y el derecho en particular, han servido de vehículos para reproducir ambientes de discriminación y de exclusión de las personas LGBTI. En este sentido, señaló que históricamente las leyes han institucionalizado un sentimiento de repugnancia nacido del prejuicio y que atenta contra toda persona que libremente decide desafiar las normas sociales que han sido impuestas como obligatorias.

Reiteró que compete al juez constitucional remover aquellos rastros de prejuicio, discriminación o exclusión que todavía existen en la legislación colombiana, debiendo tornar el derecho en una herramienta para luchar por los derechos de quienes son marginados y excluidos.

Presentó algunas razones que explican, en su concepto, por qué en un Estado democrático de derecho, el matrimonio igualitario debe prevalecer sobre el matrimonio excluyente, de la siguiente manera:

La primera razón alegada es histórica, puesto que el matrimonio es una institución que así como hoy en día excluye a las parejas del mismo sexo, hasta hace un tiempo excluía a las mujeres y a otros grupos poblacionales. A manera de ejemplo, señaló que en la época de la Colonia, con el fin de mantener una homogeneidad racial, estaba prohibido que los españoles se unieran con indígenas, negros, criollos o mulatos. De igual forma, para el mantenimiento de la clase, la Pragmática Real sobre Matrimonios de 1776 y luego el Código Penal de 1824, otorgaron a los padres un derecho de veto sobre las uniones desiguales de sus hijos y les permitía impedir matrimonios con personas de una menor fortuna, estatus o posición social. Igualmente, recordó que en el Código Civil de 1873 se negaba la voluntad de la mujer durante el matrimonio, puesto que el hombre asumía su representación legal y no se le permitía administrar los bienes comunes.

En este contexto, destacó que las mencionadas injusticias reproducidas por el matrimonio comenzaron a cambiar en el siglo XX, por lo que la normatividad dejó de discriminar a las mujeres, los indígenas, a los pobres y otros grupos sociales. Por lo anterior, consideró que en la actualidad se escribe un nuevo capítulo en la institución del matrimonio, en el cual la Corte Constitucional tendrá la posibilidad de avanzar en la garantía de una ciudadanía plena para las parejas del mismo sexo y proteger el derecho de todo individuo a casarse sin importar con quién.

Planteó como segunda razón, la filosofía política, pues en la actualidad la unión matrimonial es una decisión libre que desarrolla el plan de vida de dos personas. No obstante, sostuvo que esa libertad es anulada cuando la unión basada en el amor de dos individuos es obstaculizada por el propio Estado. Así, advirtió que cuando la ley impide la realización de un proyecto de vida de dos individuos que buscan conformar una familia mediante el matrimonio, se aparta del principio esencial de no intervención estatal en la esfera privada de las personas.

En la misma línea de lo anterior, consideró que en defensa de un Estado Liberal como el colombiano, y en contra del autoritarismo, el juez

139

constitucional tiene la responsabilidad de reivindicar la libertad social que las parejas del mismo sexo reclaman para vivir en matrimonio.

Invocó como tercera razón, la razón jurídica, la cual da lugar a afirmar que desde 1994 la jurisprudencia constitucional ha avanzado progresivamente en el reconocimiento y la protección de las personas LGBTI y de las parejas del mismo sexo, motivo por el cual, expresó su deseo de que la Corte guarde coherencia con sus precedentes de protección.

En ese mismo sentido, sostuvo que se vulneran los derechos de las parejas del mismo sexo cuando los Jueces o Notarios Públicos, como servidores públicos, se niegan a unir a dos personas del mismo sexo. Sobre este punto, señaló que unir en matrimonio a una pareja que acude a sus despachos, sin importar el sexo de los contrayentes, significa actuar con una comprensión integral y sistemática de la Constitución Política y de la jurisprudencia de la Corte. Celebrar matrimonios igualitarios es, en sí mismo, una garantía para los derechos de las parejas del mismo sexo y es el deber de todo servidor público tomar decisiones que favorezcan la protección de derechos de todo ciudadano o ciudadana bajo el respeto del derecho a la igualdad.

Frente al cuestionamiento sobre si las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio civil, enfatizó en una respuesta afirmativa. Sobre este punto, señaló que la sentencia C-577 de 2011 identificó un déficit de protección frente a las parejas homosexuales que quieren conformar una familia mediante un vínculo contractual y solemne. Sin embargo, consideró que la decisión adoptada en esa oportunidad por la Corte es abierta e indeterminada y se presta para diferentes interpretaciones, las cuales son un obstáculo para el goce efectivo de los derechos de estas personas.

Por lo anterior, aseveró que es necesario que la Corte aclare de forma definitiva este asunto, aclaración que en su criterio se satisface mediante el siguiente razonamiento lógico: (i) el Tribunal Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo tienen derecho a unirse mediante un vínculo contractual de naturaleza civil y solemne, que tenga los mismos efectos que tiene cualquier matrimonio civil; (ii) mientras el Congreso no regule el asunto, el único contrato de esa naturaleza es el matrimonio civil;

en conclusión: como el Congreso no legisló sobre la materia, las parejas del mismo sexo tienen derecho a unirse mediante matrimonio civil.

En este orden de ideas, aseveró que la Corte Constitucional tiene competencia para decidir sobre el matrimonio igualitario por las siguientes razones: (i) en primer lugar, porque las democracias contemporáneas no son sinónimo del reino de las mayorías; (ii) en segundo lugar, porque la experiencia comparada demuestra que, en la práctica, los Tribunales Constitucionales han sido protagonistas en la protección del “*matrimonio igualitario*”. Al respecto, afirmó que en países como Argentina, Canadá, Sudáfrica y Estados Unidos se han abierto las puertas al matrimonio de parejas del mismo sexo mediante una decisión judicial de un Tribunal Constitucional, sin que ello afecte la estabilidad de los ordenamientos jurídicos; (iii) en tercer lugar, porque en nuestro caso, la competencia de la Corte se encuentra justificada a partir de su propio ejercicio de autorestricción, ya que en el año 2011, este Tribunal, respetando la deliberación pública, otorgó al Congreso un término de dos años para legislar en la materia y solo, cuando éste no lo hizo convocó a este espacio para pronunciarse sobre este tema.

Sobre el alcance de la figura del vínculo contractual mencionado en la sentencia C-577 de 2011, opinó que es claro que un simple vínculo contractual no puede asimilarse a la figura del matrimonio civil, por lo que el ordenamiento jurídico colombiano condenaría a las parejas unidas mediante dicho vínculo contractual a asumir cargas y a perder beneficios que no son sufridos por quienes se casan mediante matrimonio civil.

En consecuencia, señaló que son muchas las limitaciones y tratos disimiles que genera la restricción del derecho a las parejas del mismo sexo a unirse mediante el matrimonio civil, tales como: (i) no tener un estado civil de casados; (ii) incertidumbre sobre la posibilidad de celebrar capitulaciones; (iii) la falta de claridad sobre la posibilidad de afectar sus bienes al régimen de vivienda familiar; (iv) no entrar en el orden sucesoral de los cónyuges; (v) no acceder a subsidios de vivienda de interés social como núcleo familiar; (vi) no beneficiarse del visado diplomático de su pareja; y (vii) no beneficiarse de la suscripción de la red de bibliotecas públicas de su compañero o compañera.



Refirió que no son simples diferencias retóricas las que existen entre el vínculo contractual y el matrimonio civil; por el contrario, son desigualdades profundas que no pueden ser ignoradas por el juez constitucional, ni por aquellos que tienen la responsabilidad de promover y difundir institucionalmente la defensa de los derechos.

### **3.8. Human Rights Watch**

El ciudadano José Miguel Vivanco, Director de la División de las Américas de *Human Rights Watch*, intervino con la finalidad de presentar argumentos orientados a sugerir a la Corte Constitucional extender el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Para estos efectos, elaboró una reseña de estándares internacionales de derechos humanos, y dividió su intervención en tres puntos: el primero, frente a los derechos humanos a contraer matrimonio y tener una familia; el segundo, en relación con el hecho de que formar una familia está directamente relacionado con el derecho a la privacidad; y el tercero, a la necesidad de que la Corte Constitucional aplique un estándar muy riguroso para evitar violar el principio de no discriminación.

Frente al primer punto, sobre el derecho a contraer matrimonio y formar una familia, señaló que: (i) estos son derechos fundamentales reconocidos en virtud del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (ii) el derecho internacional no limita el reconocimiento de estos derechos a las parejas heterosexuales, pues no existe una definición que indique que el matrimonio deba celebrarse únicamente entre un hombre y una mujer, y diversos órganos internacionales de derechos humanos de la ONU, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU y el Comité de la CEDAW, han rechazado los modelos únicos de familia; y (iii) finalmente, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado específicamente que las parejas del mismo sexo tienen derecho a tener una familia.

Sobre el segundo asunto, relativo al derecho a contraer matrimonio y a formar una familia y su relación estrecha con el derecho a la privacidad, indicó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el derecho a formar una familia está directamente vinculado con el

derecho a la privacidad<sup>14</sup>. También ha considerado, en reiteradas ocasiones, que estos derechos en conjunto exigen que los estados adopten medidas positivas para proteger a las familias.

Señaló que en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha establecido que el derecho a la privacidad exige a los Estados brindar un marco jurídico específico que otorgue reconocimiento y protección a las uniones entre personas del mismo sexo en su territorio. En este sentido afirmó que, para el caso colombiano, el Congreso no ha promulgado leyes en ese sentido y esto genera una situación de incertidumbre que atenta contra los derechos de las parejas del mismo sexo.

Frente al tercer asunto relacionado con el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, afirmó que diversos órganos y tribunales de derechos humanos, incluida la Corte IDH, el Comité DESC de la ONU, el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el TEDH, coinciden en que la discriminación basada en la orientación sexual se encuentra prohibida por los tratados internacionales de derechos humanos.

En los anteriores términos sostuvo que no es suficiente que exista una relación lógica de causalidad entre la norma misma y el objetivo perseguido, sino que esta debe ser estrictamente necesaria para lograr dicho fin, en el sentido que no exista otra alternativa menos lesiva.

### **3.9. Macarena Sáez Torres**

La ciudadana Macarena Sáez Torres presentó su posición a favor de la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Centró su intervención en dos tópicos principales: el primero de ellos, respecto a si los miembros de una pareja del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio civil; y, el segundo, en cuanto a si es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio.

Respecto al primer cuestionamiento, aseguró que el Estado Colombiano tiene la obligación de aceptar el derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo, en virtud de: (i) el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece el principio de igualdad y no

---

<sup>14</sup> Corte IDH. *Atala Riffo Vs. Chile*, párr.169. Ver también *Artavia Murillo*, 28 de noviembre de 2012, párr. 145.

141

discriminación; (ii) del artículo 17.2 de la misma Convención, que al reconocer el matrimonio al hombre y a la mujer, no admite restricciones legales al matrimonio que afecten el principio de no discriminación; (iii) del principio de interpretación pro persona desarrollado por la CIADH; y (iv) de la interpretación sistemática del sistema interamericano de derechos humanos.

En relación con el segundo *ítem*, sobre la atribución de esta Corte para conocer del asunto sometido a consideración, adujo que el Tribunal Constitucional es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, debido a la existencia de un déficit de protección constitucional del derecho a la igualdad de la comunidad LGBT.

La interviniente hizo mención de las sentencias de matrimonio entre parejas del mismo sexo proferidas por las Cortes de Canadá, México, Sudáfrica, Brasil, España y Estados Unidos, resaltando que en dichos pronunciamientos se exalta la función del matrimonio que tiene que ver con el apoyo mutuo y la protección.

### **3.10. Thiago Amparo**

El ciudadano Thiago Amparo presentó ante esta Corporación escrito de intervención mediante el cual expuso sus consideraciones a favor del reconocimiento del matrimonio civil sobre parejas del mismo sexo.

Sostuvo que frente al reconocimiento legal de parejas del mismo sexo, Colombia presenta un contexto similar al de Brasil, toda vez que ambos países: (i) cuentan con un texto constitucional muy similar; (ii) han sufrido el silencio del legislador frente al reconocimiento de una figura que otorgue estatus jurídico a las parejas homosexuales; y (iii) en ellos se reconoce la pluralidad de entidades familiares, donde no existe certeza de cuál es la categoría aplicable para estas parejas.

Señaló que en Brasil la mejor forma de proteger la igualdad de los homosexuales fue lograr un fuerte reconocimiento nacional de la igualdad de condiciones para las parejas del mismo sexo. Agregó que el día 05 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal de Brasil decidió unánimemente que el artículo 1723 del Código Civil, el cual establece las uniones civiles entre

hombres y mujeres, debía ser interpretado para incluir también a las uniones entre parejas del mismo sexo.

Indicó que los jueces de dicho Tribunal reconocieron y enfatizaron que las uniones del sexo opuesto, así como las del mismo sexo son entidades de familia sujetas a los mismos criterios de “*relaciones públicas, continuas y de larga duración con el propósito de la consolidación de una familia*”. Relató que este hecho llevó a que otras ramas judiciales, como el Tribunal Superior de Justicia y otros Tribunales de Apelación en el ámbito estatal reconocieran el matrimonio para personas homosexuales, lo cual culminó con la resolución nacional del Consejo Nacional de Justicia (Conselho Nacional de Justiça –CNJ), proferida en el año 2013, que ordena a todos los oficiales del Estado aceptar las solicitudes de matrimonio de las parejas del mismo sexo en todo el país.

Explicó que la historia brasilera muestra que el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica obligan a las Cortes Constitucionales a declarar nula la desigualdad en el matrimonio. Así las cosas, la falta de reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo las perjudica, pues las priva de un derecho que tienen en virtud de la propia Constitución.

### **3.11. Robert Wintemute**

El ciudadano Robert Wintemute presentó escrito de intervención a favor de la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. En este sentido, expuso tres argumentos para dar respuesta a las preguntas planteadas por esta Corporación en el auto de convocatoria a audiencia pública del día 30 de julio de 2015.

Frente a las preguntas uno y dos, manifestó que dentro de las instituciones públicas que definen el matrimonio civil se presenta una discriminación por orientación sexual en relación con las parejas del mismo sexo. Sostuvo que los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, como son los casos de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido estándares mínimos de protección para estas parejas en los distintos países que los integran, los cuales pueden ser acogidos por las cortes nacionales de cada Estado.

112

Para sustentar su tesis presentó los siguientes casos: (i) *Joslin vs. Nueva Zelanda*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2002, en el cual se determinó que las parejas del mismo sexo deben contar con el derecho a contraer matrimonio civil; (ii) *Schalk & Kopf vs. Austria*, decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos en el año 2010, por el que se estableció que el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos –similar al artículo 17(2) de la Convención Americana de Derechos Humanos- ya no podía ser interpretado restrictivamente sólo para parejas de sexo opuesto, sino también para aquellas del mismo sexo, aunque un número insuficiente de Estados ha cambiado su legislación en ese sentido, pues de los 47 miembros del Consejo Europeo, sólo 14 han aplicado dicha interpretación; (iii) *Oliari et altri vs. Italia*, donde la Corte Europea concluyó que Italia había cometido una infracción a su obligación positiva de garantizar que las parejas del mismo sexo cuenten con una figura que les otorgue reconocimiento y protección de sus uniones; (iv) *Atala Vs. Chile*, analizado en el año 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del cual se indicó que la escasez de consenso frente a las uniones de parejas del mismo sexo no puede constituirse en un argumento válido para restringir la protección de sus derechos humanos, ya que no puede restringirse o denegarse el acceso a un derecho bajo alguna circunstancia basada en la orientación sexual de las persona, pues constituiría una violación al artículo 17(2) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

De esa forma, aseguró que la Corte Constitucional de Colombia podría evitar una violación al artículo 17 (2) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, mediante una lectura abierta del artículo 113 del Código Civil y del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, en el sentido de interpretar que la decisión libre de un hombre y una mujer no es obstáculo para que personas del mismo sexo también puedan contraer matrimonio civil. Agregó que la Constitución de Colombia no es muy diferente a las Cartas Políticas de Brasil y España, donde las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio.

Sostuvo que la Suprema Corte de los Estados Unidos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Sudáfrica, la Suprema Corte de Canadá y la Corte de California realizan un examen estricto sobre las leyes que diferencian a las parejas del mismo sexo a raíz de su orientación sexual. En este sentido,

citó el caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, de la Corte Europea de Derechos Humanos; así como el asunto *Obergefell*, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos, mediante los cuales se declaró que para contraer matrimonio civil no se requiere alguna capacidad procreativa.

En relación con la tercera pregunta planteada en el Auto de convocatoria a audiencia pública, afirmó que esta Corte es competente para decidir sobre el reconocimiento del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Indicó que si bien es cierto que en la mayoría de los casos por fuera de los Estados Unidos se ha obtenido un reconocimiento legal mediante los órganos legislativos y no por las Altas Cortes, el tema sometido a consideración reviste una cualidad puramente constitucional. En este sentido, sostuvo que en los países con tradición de *common law*, como Reino Unido, las cortes no tienen poder constitucional para eliminar la discriminación del sistema legislativo, pues, para efectos de aceptar el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo se necesita un Acto del Parlamento; no obstante, en los países de tradición civilista, como Colombia, Francia, Italia y España, las Cortes tienen el poder constitucional para invalidar la discriminación legal.

En Europa, el patrón de acción legislativa empezó en Holanda, en el año 2000, seguido por otros países. Agregó que la decisión de una corte en un solo país puede empezar a revertir el constante de discriminación en este tema. Para ello, citó a la Corte Constitucional de Portugal, que en el año 2010 determinó no introducir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, pero con una votación de 3-2; como también lo fue el reciente referendo realizado en Irlanda, llevado a cabo bajo inusuales condiciones políticas, y el cual además no era necesario, pues el legislativo y la Suprema Corte tenían las facultades para reconocer el derecho a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil, sin necesidad de una enmienda.

Expuso que en el caso colombiano, la tradición ha mostrado que la Corte Constitucional no ha tenido problemas en introducir modificaciones o reformas en la lectura de una ley. Para estos efectos, señaló que en el año 1997, esta Corporación se pronunció sobre la eutanasia para personas que necesitan de asistencia médica, hecho frente al cual no esperó que existiera regulación alguna por parte del Congreso de la República o de algún otro tribunal internacional, y que a su vez inspiró el reconocimiento de este

derecho por parte de la Suprema Corte de Canadá. Asimismo, aseguró que el Tribunal canadiense, mediante el reconocimiento del matrimonio civil para parejas del mismo sexo en el año 2004, también puede inspirar a la Corte Constitucional de Colombia en esta materia, así como lo puede ser la Corte Constitucional de Sudáfrica, con su pronunciamiento en el año 2005, por el que emitió un exhorto de un año al Parlamento con el fin de regular las uniones de parejas del mismo sexo, y en cuyo defecto quedarían automáticamente autorizadas para contraer matrimonio civil.

Sobre la cuarta pregunta, manifestó que si se reconoce el matrimonio civil para parejas del mismo sexo, la admisión de una figura alterna ya no sería necesaria. A su parecer, no existe precedente en el mundo donde se haya reconocido una figura especial para parejas del mismo sexo con un nombre distinto al de matrimonio civil. Por el contrario, las Cortes han ordenado que las parejas del mismo sexo deben tener la posibilidad de acceder a la institución del matrimonio civil, especialmente cuando la legislatura ha fallado en garantizar este derecho, así como en crear una figura altera que les otorgue reconocimiento legal.

Concluyó su intervención mencionando que en el año 2005 el Parlamento español acabó con la humillación que sufrían las parejas del mismo sexo y determinó que podían tener acceso al matrimonio civil. De esta forma, en Colombia el Congreso de la República se ha mostrado reactivo a dicho reconocimiento, pero la Corte Constitucional tiene el poder y el deber de acabar con la discriminación.

### **3.12. Nan D. Hunter**

La ciudadana Nan D. Hunter solicitó que se accediera al reconocimiento del matrimonio igualitario, pues, a su juicio, crear una unión "*de segunda clase*" para las parejas del mismo sexo resulta insuficiente, confuso e injusto para esta población.

Adujo que, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodges*, negar el reconocimiento del matrimonio igualitario a las personas homosexuales violaría sus derechos a la igualdad y a la dignidad. Indicó que el hecho de crear un estado civil nuevo, que ofrezca todos o casi todos los beneficios del matrimonio, como ocurrió en varios Estados de su país, vulnera el derecho a la igualdad de

las personas homosexuales. Por ello, se refirió a dos principios que, a su juicio, se dejaron claros en la referida sentencia proferida por la Corte Suprema de los Estados Unidos: (i) una versión de unión de “*segunda clase*”, no puede sustituir en todos los derechos al matrimonio civil; y (ii) una Corte que tenga la función de interpretar la Constitución de un país, cuenta con la autoridad y el deber de leer sus disposiciones de la manera en que mejor se realicen los principios y espíritu de las normas constitucionales.

Afirmó que las uniones “*de segunda clase*”, como lo propone la sentencia C-577 de 2011, y que han tenido lugar en los Estados Unidos, han probado ser insuficientes para lograr la protección de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, pues han sido confusas e injustas, tanto para los hijos de estas parejas como para los adultos, pues no funcionaron en la práctica por tener distinta regulación entre Estados o naciones. Tales “*experimentos*” han creado más problemas que soluciones para las parejas que han deseado acceder, de forma plena, al matrimonio.

### **3.13. Diego López Medina**

El ciudadano Diego López Medina presentó su intervención a favor de la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Aseguró que los Magistrados de la Corte Constitucional tienen consenso moral sobre el matrimonio de las parejas del mismo sexo, pero al mismo tiempo dudan de si esa convicción puede traducirse en una de carácter jurídico, lo cual es plenamente factible a la luz de la Constitución Política. Sostuvo que la *ratio decidendi* de la sentencia C-577 de 2011 puede ser extendida sin mayores dudas a favor de las parejas del mismo sexo, pero la Corte debe resolver dos problemas fundamentales, que radican en las preguntas 3 y 4 del cuestionario planteado.

Sobre la pregunta número tres, referente a si la Corte Constitucional tiene competencia para decidir sobre el asunto, explicó que en Colombia, así como en otras partes de América Latina, luego de muchos años de experimentar con el paradigma constitucional, hay un cierto cansancio y escepticismo producto del activismo en las decisiones de los jueces, el cual, a su vez, ha llevado a un retroceso del poder judicial, pues se ha perdido la importancia que tiene la representación y la discusión política para la toma de decisiones. En este sentido, señaló que existe una corriente



144

teórica frente a los excesos del neo constitucionalismo de los años 80 y 90, el cual ha regresado a celebrar *“las virtudes de la legislación, la representación política como foro natural para la toma de las decisiones y por lo tanto en algún sentido también a celebrar las virtudes de algo que podríamos llamar la democracia “westminsteriana”*.

Expuso estar de acuerdo con un argumento que impida los excesos de la función judicial desbordada, aunque recordó que la Constitución colombiana no es una democracia *“westminsteriana”*, sino que la Carta Política establece una de naturaleza constitucional con control de constitucionalidad, donde se prevé con toda claridad que el legislador también puede ser violador de derechos fundamentales y, además, que a pesar de su representatividad política, tiene controles judiciales establecidos en la Constitución, los cuales deben obrar en caso que el legislador u otras autoridades del Estado -o privadas- violen derechos fundamentales.

Declaró tener mucha admiración por esa nueva literatura y compartir la desconfianza frente al poder desbordado de las cortes, pero al mismo tiempo recordó que el derecho positivo colombiano establece un control judicial a las violaciones de derechos fundamentales que cometa el legislador. En este sentido, mencionó que si esto es así, entonces la Corte tiene competencia para vigilar la violación de derechos fundamentales e impedir o remediar la violación de los mismos.

Indicó que la Constitución le otorga a la Corte la competencia para decirle al legislador, que violó la Carta Política mediante la acción pública. Desde el año 2007 se ha venido aumentando de forma significativa la protección de los derechos fundamentales de las personas y de las parejas homosexuales, por eso la Corte tiene una clara competencia para ello.

En relación con los criterios que utiliza gran parte de la doctrina para saber cuándo las intervenciones judiciales son adecuadas o no, cuando hay extralimitación o no por parte de las Cortes, citó a Alexander Bickel, quien en 1963, expuso lo siguiente: *“los jueces deben ser cuidadosos antes de meterse con una decisión del legislador” los jueces cuando deciden en contra del legislador están enfrentando algo que el llamo la “objeción contramayoritaria”*. De esta forma, aseguró que deben ejercerse las virtudes pasivas, las cuales, desde un principio consistieron en no juzgar

cosas abstractas, sino en esperar los conflictos concretos, donde personas reales trajeran a la Corte los problemas y los daños concretos que estaban sufriendo por la violación de los derechos fundamentales, no adelantarse al dialogo social, etc.

Adujo que la Corte tiene competencia, porque ha sido prudente en esperar un dialogo social y una respuesta del legislador al tema planteado, especialmente en la sentencia C-577 de 2011, pues, en términos de virtudes pasivas, el Tribunal Constitucional ha ejercido restricción, esperando un dialogo social que se ha venido dando no sólo en el foro legislativo, sino también a lo largo de la opinión pública.

Indicó que el obstáculo de la Corte Constitucional radica en algún sentido en el artículo 42 de la Constitución, pero esto parece reafirmar la ortodoxia, por lo cual cree que en la sentencia C-577 de 2011, la principal dificultad se encuentra en que hay una consagración legal de la heterosexualidad forzada en el referido artículo constitucional, argumento que no es suficientemente fuerte, toda vez que el inciso primero del artículo 42 de la Constitución no es el islote de la moralidad tradicional del Texto Fundamental de 1991. Al leer con cuidado la disposición, lo que desprende es la igualdad entre el matrimonio formal y las uniones maritales de hecho.

Expresó que la Constitución Política, en el artículo 94, dice que no se negarán aquellos derechos que, sin estar reconocidos en la Constitución, son inherentes a la dignidad humana, como lo es derecho a acceder a la institución matrimonial. Adicionalmente, expuso que con frecuencia se olvida y se escapa que esta discusión es sobre el matrimonio civil de las personas, no de aquellas que fueron ante un sacerdote o pastor de alguna iglesia solicitando el reconocimiento de un matrimonio eclesiástico o religioso. Indicó que esta es una acción de tutela que busca el reconocimiento de un matrimonio y un estatus civil ante una autoridad del Estado, lo cual es un sitio público por oposición a los matrimonios religiosos eclesiásticos, autorizados por comunidades o asociaciones religiosas que pueden estar gobernados por leyes teológicas o morales internas a éstas comunidades. Asimismo, estimó que el artículo 113 Superior, en algún sentido, no restringe marginalmente la entrada a esta plaza pública, simplemente dice que no pueden ejercer su derecho fundamental de escoger sus opciones personales.

### 3.14. Angélica Lozano Correa

La ciudadana Angélica Lozano Correa, miembro de la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia, expuso ante esta Corporación las razones por las cuales considera que la Corte debe acceder al reconocimiento y aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo.

Manifestó que *“la Corte Constitucional ha sido un referente de la protección de derechos fundamentales de miembros de la comunidad LGBTI, el trabajo de la Corporación se ha encaminado a garantizar que estos ciudadanos no sean considerados como de segunda clase”*. Linealmente, expresó que durante el tiempo que fue alcaldesa de Chapinero logró un hecho sin precedentes en América Latina, que consistió en la apertura del primer centro comunitario en favor de la lucha para defender los derechos de la comunidad LGBTI, lo cual puede tomarse como un punto de partida para la producción de avances regionales sobre la materia. Declaró que aún *“no existe una política pública de los derechos LGBTI a nivel nacional ni una puesta en marcha de una estrategia interseccional que permita atender los principales problemas de la población LGBTI que se derivan de vacíos legales, estereotipos y homofobia”*.

Arguyó que los asuntos LGBTI son tratados por el Ministerio del Interior por medio de un grupo especializado en minorías, en donde entran las comunidades negras, afro descendientes, palenqueras y raizales y todos los pueblos indígenas. Aseguró que el trato dado a las comunidades resulta siendo el mismo, lo que implica una incapacidad para dar solución a los problemas específicos de cada población. En este sentido, afirmó que debido a la revisión que ha efectuado la Corte Constitucional sobre la situación de discriminación legal en la que se encuentra la población LGBTI, se ha podido avanzar en la garantía de sus derechos fundamentales.

Mencionó que fue elegida como la primera representante a la Cámara abiertamente LGBTI, y que ha centrado su trabajo en *“corregir algunas de las omisiones legislativas en temas de igualdad”*. Indicó que, no obstante, existe un déficit de derechos que fueron reconocidos por la Corte Constitucional en el año 2011, el cual hasta el momento no ha sido resuelto

por la Rama Legislativa. De esta forma, aseguró que la Constitución Política de 1991 asignó dos características especiales al Estado Social de Derecho, consistentes en el pluralismo y el respeto por la dignidad humana. Por lo tanto, el Constituyente otorgó a la Corte Constitucional la obligación de proteger la Constitución Política, además el deber de determinar el *“alcance y contenido de los derechos fundamentales que se susciten con ocasión de la acción de tutela”*.

Señaló que, cuando el órgano legislativo no cumple con el deber asignado en la misma Constitución Nacional, es la Corte Constitucional quien debe actuar realizando un control de constitucionalidad por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, la cual tiene como finalidad analizar la omisión legislativa relativa. Por lo tanto, la Corte no es un mero legislador negativo, sino que además tiene el poder de interpretar la Constitución Política íntegramente.

Indicó que desde los inicios de la Corte Constitucional, ésta ha aplicado la teoría de la omisión legislativa *“para materializar en el ordenamiento jurídico los valores, principios y reglas vertidas en la Carta Política”*. Para demostrar esto, citó como ejemplo algunos fallos hito de la Corporación: Sentencia C-221 de 1994; C-239 de 1997; C-1433 de 2000; C-767 de 2014; y C-792 de 2014, entre otros. En este mismo sentido, puntualizó que en estos fallos, la Corte Constitucional *“adoptó decisiones por medio de las cuales amplió la órbita de disposiciones jurídicas y hasta desarrolló algunas instituciones jurídicas”*; en algunas ocasiones, de manera inmediata, interpretó la Constitución con efectos *erga omnes*, sin solicitar la intervención legislativa del Congreso, por lo cual este órgano judicial tiene la competencia para extender los efectos del contrato civil de matrimonio a las parejas del mismo sexo que deseen constituir esta unión solemne.

Sostuvo que la posibilidad de intervención de la Corte Constitucional en este tema específico, reza en la misma sentencia C-577 de 2011, ya que por medio de la misma se exhortó al Congreso de la República para que legislara la unión solemne de las parejas del mismo sexo. Así las cosas, transcurrido un término más que razonable (4 años) sin que se haya emitido una norma al respecto, la Corte Constitucional debe pronunciarse en favor de la protección de los derechos fundamentales de la comunidad LGBTI. Asimismo, aseguró que el Congreso de la República se ha destacado

históricamente por su aversión para legislar sobre los derechos de la comunidad LGBTI, por lo cual esta comunidad ha encontrado en la Corte Constitucional el reconocimiento progresivo de sus derechos fundamentales, hecho que puede comprobarse en los proyectos presentados para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo desde 1992 al 2015, los cuales se han archivado y retirado, para un total de 18 proyectos, dentro de los que 17 se han archivado y 1 retirado.

Afirmó que *“más del 55% de las iniciativas legislativas no fueron puestas a consideración de la comisión constitucional para su deliberación y en algunos casos ni siquiera se rindieron las respectivas ponencias”*. Igualmente, señaló que con ocasión a la sentencia C-577 de 2011, se presentaron varios proyectos de ley que terminaron archivados, de manera que en este sentido es claro que en el Congreso de la República no se ha podido conformar las mayorías suficientes que permitan impulsar un proyecto de ley. Aseguró que existe un bloqueo institucional que está perpetuando una situación de desprotección para las familias conformadas por personas del mismo sexo.

Expresó que la Corte Constitucional no sólo está legitimada por la desidia legislativa del Congreso, sino que también está obligada a otorgar una respuesta que resuelva el déficit de protección de las parejas homosexuales. Alegó que desde la expedición de la sentencia C-577 de 2011, se constituyeron los elementos jurídicos suficientes para concluir que las parejas del mismo sexo tienen el derecho a escoger un vínculo contractual que les permita constituir una unión para la protección de su núcleo familiar. Asimismo, mencionó que en este mismo fallo, la Corte Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo constituyen familia, y con base en esta posición *“en la sentencia C-071 de 2015 se permitió la adopción del hijo biológico de la pareja homoparental”*.

### **3.15. Aroldo Quiroz Monsalvo**

El ciudadano Aroldo Quiroz Monsalvo intervino en la audiencia pública realizada por la Corte Constitucional dentro del Expediente T-4.167.863 AC, con la finalidad de exponer sus puntos de vista sobre la materia.

Resaltó que a partir de la Constitución de 1991, el Estado colombiano se estructuró por las bases de un Estado Social de Derecho, con las consecuencias jurídicas, ideológicas y políticas que esto implica. Señaló que en este proceso se presentaron dos confrontaciones jurídicas principalmente: (i) la primera, que consistió en *“la derogatoria expresa y tacita de la legislación interna”* contraria al contenido ideológico y político que contenía; y (ii) la segunda, referente a la constitucionalización de todo el derecho, pues el mismo debe aplicarse *“mirando el faro de la constitución como carta magna que orienta la navegación de la aplicación del derecho en todos los casos que se requiera en la solución y aplicación del derecho. En consecuencia, a esto no tuvo ajeno el derecho de familia”*.

Manifestó que la constitucionalización del derecho de familia implicó la ruptura con las instituciones patriarcales contenidas desde 1873 en el antiguo y vigente Código Civil, lo cual generó la derogatoria y modificación *“de tales ortodoxas instituciones familiares, que tenían como base que el derecho de familia giraba sobre la institución del [pater]-familia originado en el derecho romano y canónico. Por lo tanto, el origen de la familia va tener como fuente la unión de un hombre y una mujer a través de la figura del matrimonio”*.

Indicó que se debe preguntar *“¿Cuál fue la preocupación del Constituyente de 1991 por elevar a canon constitucional el derecho de las familias?”*, a lo cual respondió que esta inquietud se originó en el Código Civil, donde no se regulan las nuevas formas de familia por diversos motivos, entre los cuales se encuentran: (i) la evolución en los comportamientos de los miembros de la familia, donde se ha pasado de los desajustes en hábitos, costumbres y creencias; (ii) el tránsito de la familia patriarcal a la familia igualitaria y asociativa, en la cual los miembros están menos subordinados y hay más cooperación; (iii) la coexistencia de nuevos modelos de familia que pugnan con los modelos tradicionales, como un fenómeno sociológico de aculturación; (iv) la incorporación de la mujer al campo laboral<sup>1</sup>; (v) el desarrollo del principio de género como herramienta para desintegrar las desigualdades de derechos especialmente entre hombres y mujeres; y (vi) los avances de la ciencia en el campo de la ingeniería genética para determinar el derecho a la filiación de una persona, como también los métodos terapéuticos de la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

En este orden de ideas, declaró que con la entrada en vigencia de la nueva Constitución se han protegido otros modelos de familia diferentes a las que se consagraron en el Código Civil, por lo que nuestra Carta Política *“reconoce y protege las familias conformadas por personas del mismo sexo”*, por cuanto la Corte Constitucional ha ampliado el concepto de familia al sostener que la misma es una *“(…) 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 integrantes más próximos<sup>15</sup>”*.

De igual manera, afirmó que la sociedad colombiana es multicultural y pluralista, y que esta Corporación varió su precedente al reconocer que parejas del mismo sexo pueden ser familia a partir de la sentencia C-577 del 2011, ya que en dicha decisión se consideró que *“las parejas del mismo sexo si constituyen una familia y tienen una protección constitucional; [que] las uniones homosexuales configuran una familia estable, de conformidad con el artículo 42 superior, especialmente cuando establece por la voluntad responsable de conformarla, supuesto este en el que, tiene origen la unión marital de hecho, como también la familia conformada por dos personas del mismo sexo”*.

Señaló que también se genera otra inquietud respecto al tema que se debate, y consiste en *“¿Cuál es el sustento legal que tienen los notarios o jueces civiles municipales para celebrar el matrimonio entre parejas del mismo sexo?”*. Sobre el particular, consideró que la propia Constitución de 1991 responde esta inquietud, ya que la misma *“protege a las familias constituidas por parejas del mismo sexo, sustentada en los principios de la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad de querer conformar una familia<sup>16</sup>; en consecuencia, en estos principios tendrán el respaldo constitucional notarios y jueces”*.

Resaltó que para el desarrollo legal de esta institución se tendrán que observar para los requisitos sustanciales las disposiciones del Código Civil, esto es los artículos 115 y sucesivos, así como lo dispuesto en el Decreto 2668 de 1998, por lo que *“las parejas del mismo sexo tendrán que*

<sup>15</sup> Colombia, Corte Constitucional, (2011), Sentencia C-577 de 2011, Bogotá.

<sup>16</sup> Colombia, Constitución Política, artículo 42-1.

*someterse a los requisitos que exige el código y la citada ley para la celebración del matrimonio de las parejas heterosexuales”.*

Por último, manifestó que los efectos que origina este tipo de matrimonio, son los mismos que nacen del matrimonio de parejas heterosexuales; en consecuencia, habrá un estado civil, surgirán los efectos personales como los patrimoniales, entre ellos, la sociedad conyugal.

### **3.16. Esteban Restrepo Saldarriaga**

El ciudadano Esteban Restrepo Saldarriaga presentó razones dirigidas a demostrar que el vínculo contractual a que se refiere el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011, debe ser el matrimonio civil, en virtud que, a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente en materia de igualdad en Colombia, un arreglo distinto al matrimonio con el fin de proteger a las parejas del mismo sexo violaría las dimensiones formal y material de la igualdad que garantiza el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

Sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que, el principio de igualdad ante la ley y en la ley, se resuelve en la formula aristotélica según la cual es necesario tratar igual lo igual y desigual lo desigual, de manera que, para determinar si existe un trato diferenciado establecido por las autoridades públicas, bien sea por la ley, por una autoridad judicial o ejecutiva, es necesario aplicar lo que se denomina un juicio de igualdad. En este sentido, mencionó que no debe olvidarse que en muchas decisiones de la Corte Constitucional se ha afirmado que antes de proceder a realizar el juicio de igualdad existe un paso previo, es decir, la Constitución manda tratar las situaciones de hecho iguales y manda tratar de manera desigual las situaciones de hecho desiguales. Si dos situaciones son iguales, hay que tratarlas con igualdad.

Afirmó que la orden o exhorto de la Corte al Congreso se encontraba dirigido a definir: “*¿Qué mecanismo contractual podía proteger de mejor manera a las parejas del mismo sexo como familia?*”, por ello si las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo están igualmente situadas, en tanto familia, frente al acceso al matrimonio, en principio no se observa razón para establecer un trato diferenciado. En esa medida, indicó que existe un mandato derivado del artículo 13 de la Constitución, de la visión



puramente formal, según el cual, es necesario extender el matrimonio a ambos tipos de parejas.

Explicó que en el constitucionalismo comparado y, particularmente, en el de los Estados Unidos, se ha dicho que el juicio estricto de constitucionalidad es estricto en teoría, pero fatal en la práctica, es decir, que cuando un trato diferenciado se somete, o un tribunal anuncia que lo someterá, a un juicio estricto de constitucionalidad, significa que hay una presunción de inconstitucionalidad del trato diferenciado y que le corresponde a la autoridad pública demostrar: (i) que ese trato diferenciado persigue una finalidad imperiosa; (ii) que debe conducir de manera directa a esa finalidad; (iii) que debe ser el único medio, a disposición de la autoridad pública, para conseguir la finalidad; (iv) que el trato debe ser proporcional en sentido estricto.

En relación con la igualdad material, sostuvo que la Corte ha sostenido, en numerosas oportunidades, que es una cláusula de erradicación de las injusticias presentes, es decir, que las autoridades públicas no pueden establecer medidas que coloquen a las personas en posición de superioridad social, las autoridades públicas no pueden establecer sistemas de castas. Eso determina que las medidas deban ser miradas desde unas perspectivas histórica y sociológica, pues la historia del mundo muestra que el matrimonio ha sido utilizado en la historia como un instrumento de ingeniería social para incluir gente o excluirla, sobre lo cual hay dos ejemplos clarísimos: (i) Durante el Tercer Reich se prohibió el matrimonio entre judíos y arios en las leyes de Núremberg de 1935; (ii) el Estado Sudafricano prohibió, en 1949, el matrimonio entre negros y blancos; y (iii) muchos Estados del sur de los Estados Unidos antes de la guerra civil y hasta el año de 1967 prohibieron el matrimonio entre afroestadounidenses y blancos, y lo penalizaban con cárcel.

### **3.17. Carlos Arturo Gómez Pavajeau**

El ciudadano Carlos Arturo Gómez Pavajeau presentó intervención a favor de la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo. Su intervención se desarrolló de la siguiente forma: en primer lugar, la historia y la historicidad del derecho natural: la búsqueda de la justicia material como su cometido; en segundo lugar, la idea de progreso y mejora: su decantación mediante el principio de progresividad; y, en tercer lugar, el

matrimonio como derecho que tienen hombres y mujeres, esto es, las personas; no solamente un hombre y una mujer.

*La historia y la historicidad del derecho natural: la búsqueda de la justicia material como su cometido*

En este punto, hizo referencia al derecho natural de manera general, e indicó que a partir de las ideas iusnaturalistas de libertad, justicia y reconocimiento de la dignidad intrínseca del ser humano y de sus derechos inherentes, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispuso que éstos sean protegidos por un régimen de derecho, por ello, a su juicio, surge la preocupación en torno a los Derechos Fundamentales como reflejo de expresiones como las de dignidad de la persona y derechos inherentes a la misma, sean positivados o no, lo cual muestra la impronta genética que el *ius naturalismo* le imprimió a aquellos.

Con relación a lo anterior, indicó que *“así, queda develado el carácter histórico del Derecho Natural, por tanto entonces su constante y dinámica evolución, por lo que debe rechazarse una visión estática que lleve a una “eternización del presente” o a una “modernización del pasado”, constituyéndose el derecho positivo en su fórmula de estabilización, pero jamás de petrificación, en tanto el catálogo abierto de derechos fundamentales y la constante revisión y ampliación de los ya reconocidos por la norma jurídica positiva, muestran la siempre cambiante semblanza de las fórmulas jurídicas a través de las cuales son aprehendidos y por tanto reconocidos en diferentes épocas”*.

*La idea de progreso y mejora: su decantación a través del principio de progresividad*

En esta parte, citó la idea de progreso de Immanuel Kant, que según Bilbeny, tiene la calidad de principio y se enfoca tanto al progreso técnico como al moral. De esta forma, agregó que *“la idea de progreso y de mejora que caracteriza la visión de los derechos fundamentales de la ilustración es el faro que ilumina la tarea de naciones y pueblos en el tratamiento de la materia, sin que los mismos se condicionen a algún tipo específico de derecho, pues tienen la calidad de universales”* y que *“la progresividad es particularmente propia de la naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal como se desprende del artículo 2 numerales 1 y*

*2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.*

Asimismo, sostuvo que el principio de progresividad rige para los mecanismos judiciales y para la protección de los derechos, es decir, para la previsión de garantías judiciales que permiten hacer justiciables los derechos fundamentales en un faceta gestacional y de desarrollo progresivo. En este mismo sentido, afirmó que la unión de dos personas para convivir y ayudarse mutuamente es una expresión del principio de solidaridad, el cual se potencia si además, en vez de la procreación, tienen en mira la protección de otras personas que necesitan ayuda.

*El derecho al matrimonio lo tienen todas las personas, no solamente un hombre y una mujer*

Señaló que una interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política llevaría a pensar que el matrimonio es una institución que excluye a las parejas homosexuales, pues a su modo de ver, *“se redundaría por los arcaicos intérpretes que allí se involucra sólo a un hombre y a una mujer”*. Añadió que si se repara en la consagración del derecho a la familia como derecho social, que trae el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Ley 74 de 1968- en la parte final del numeral 1º de su artículo 10, se evidencia que no *“hace ninguna distinción entre hombre y mujer, simplemente afirma que “el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”*.

En ese mismo sentido, adujo que no pueden hacerse cuestionamientos morales en nuestra sociedad frente al matrimonio entre parejas del mismo sexo, toda vez que la libertad puede ejercerse siempre que no afecte los derechos de los demás y el orden público.

Aseguró que los funcionarios judiciales y notariales no cometen ni delito ni falta disciplinaria cuando celebran matrimonios entre parejas del mismo sexo, toda vez que realizan un acto formal y materialmente justo, acorde con el Derecho y la Justicia Material.

### **3.18. Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República**

El ciudadano Guillermo Rivera Flórez, Consejero Presidencial para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República, en escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015) presentó su intervención en el marco de la Audiencia Pública del expediente T-4.167.863 AC.

Reafirmó que el respeto a la vida y a la dignidad humana es la columna vertebral del Estado colombiano por lo cual es necesario garantizar a todos los colombianos el goce pleno de todos y cada uno de los derechos constitucionales y de tratados internacionales. Agregó que la población LGBTI ha sido discriminada debido a su identidad de género y/o su orientación sexual, debido a los prejuicios existentes. Dicha discriminación debe ser atacada por las entidades estatales, adelantando reformas políticas y jurídicas que permitan a esta población ejercer efectivamente sus derechos fundamentales.

Consideró que el matrimonio no es una institución rígida, la cual se encuentra en continua adaptación a las nuevas necesidades, evoluciones y desarrollos sociales. En sustento de ello, cita algunos casos como el de Estados Unidos, en donde hace unos años el matrimonio interracial era prohibido, actualmente dicha interdicción sería absurda; de igual manera, en este mismo país, la Corte Suprema estableció que el matrimonio también se podía llevar a cabo entre parejas del mismo sexo.

Afirmó que en Colombia es indiscutible la desprotección que sufren las parejas del mismo sexo al no poder solemnizar su unión a través de algún contrato jurídico, lo cual fue analizado y concluido en la sentencia C-577 de 2011, en la que la Corte Constitucional reconoció dicho déficit, el cual resulta en que un grupo significativo de personas no pueden gozar plenamente de sus derechos fundamentales a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía.

Reiteró que, en algunas ocasiones, la misma Corte ha considerado que las parejas homosexuales no pueden ser consideradas como familia. Dicha diferenciación ya no es jurídicamente admisible, teniendo en cuenta que la única razón que se encuentra para establecer un trato diferencial en

relación con parejas heterosexuales, es su condición sexual, criterio que ha sido considerado por el Alto Tribunal como “*sospechoso*”.

En atención a los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Estados Unidos para efectos de reconocer el matrimonio igualitario, consideró que la discusión giró en torno a la enmienda número 14 que establece las cláusulas del debido proceso e igualdad de los ciudadanos ante las jurisdicciones, indicó que el máximo Tribunal judicial fue enfático en señalar que el asunto de debate guardaba estrecha relación con la protección de los derechos a la igualdad y libertad, y concluyó que el matrimonio es un derecho del que deben gozar todos, incluso las parejas del mismo sexo.

Consideró que en Colombia, al igual que en Estados Unidos, existen niños y niñas que están bajo el cuidado, cariño y protección de familias conformadas por parejas homosexuales, y que esta es una situación que ya ha sido analizada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-617 de 2014.

Sostuvo que, de conformidad con el concepto de “*constitución viviente*”, en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulta sostenible desde la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad. En este entendido consideró que la Corte Constitucional tiene competencia para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio.

Refirió que si bien los escenarios democráticos deben ser la fuente principal para generar cambios normativos, esto no puede significar que un grupo de ciudadanos – al cual ya se le reconoció un déficit de protección- tenga que esperar a que las mayorías decidan la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos humanos; esto sería completamente contrario al propósito de la Constitución, ya que los derechos se deben garantizar de forma permanente a todos los ciudadanos y no pueden quedar suspendidos a la espera de las dinámicas públicas.

En atención a lo anterior, consideró que el juez constitucional no puede quedarse pasivo ante la inactividad del legislador, en detrimento de los derechos fundamentales de un grupo poblacional. Arguyó que la desprotección de las parejas del mismo sexo, sin duda excede los márgenes admisibles y por lo tanto, la labor de la Corte Constitucional debe ir más allá de señalarla o reconocerla; debe llenarla de contenido para poder superar una situación de vulneración de derechos fundamentales. El hecho de que la Corte haya establecido un término para que el legislador regulara la materia, es una muestra clara y fehaciente de que le parece inadmisibles que esta desprotección perdure en el tiempo.

Afirmó que si bien la Corte Constitucional indicó que si al cumplirse el término el legislador no se hubiere pronunciado, las parejas tienen el derecho a acudir a jueces y notarios para formalizar y solemnizar su vínculo contractual, es necesario que se establezcan las consecuencias jurídicas del cumplimiento de dicha orden ya que de lo contrario, esta no estaría teniendo un efecto práctico y real en la finalidad última de las providencias de la Corte Constitucional; la cual es la protección de derechos fundamentales.

Dispuso que en el estado actual de las cosas, para que exista una efectiva protección de los derechos humanos de las parejas del mismo sexo, el vínculo contractual que debe ser celebrado en cumplimiento de la sentencia C-577 de 2011, es el matrimonio, pues al ser estos considerados como familia, merecen – como se señaló con anterioridad- la misma protección que cualquier otra familia de la sociedad colombiana.

Así entonces, las parejas homosexuales – al igual que las heterosexuales – tienen el mismo derecho para decidir libremente cómo conformar una familia, y esto incluye la posibilidad de poder escoger que sea a través de un vínculo jurídico contractual como el matrimonio. De tal manera, la mejor forma de garantizar la protección es bajo el entendido de que los jueces y notarios deben celebrar el contrato de matrimonio a las parejas del mismo sexo que así lo deseen.

Consideró que es mediante la celebración del contrato de matrimonio que se puede superar el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo, en tanto que no puede ser firmando un documento cualquiera ante notario o juez, sino que debe contener unos derechos, obligaciones y

consecuencias jurídicas claras, pues por más que se solemnice o protocolice un documento, el déficit de protección no será superado.

Enfatizó en que si bien la Corte dispuso que el Constituyente reconoció expresamente el matrimonio entre heterosexuales como una de las formas para conformar familia, no debe interpretarse que ésta le impuso o mencionó la imposibilidad de que el vínculo entre las personas del mismo sexo fuera el matrimonio. Así, los Jueces y Notarios Públicos que celebren el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo, lo están haciendo en cumplimiento expreso de los principios u mandatos constitucionales, en tanto la interpretación que se le deba dar a la sentencia de la Corte Constitucional debe ser aquella que mejor garantice la protección de los derechos fundamentales de las personas y que permita verdaderamente superar el déficit de protección.

Sostuvo que aceptar que se celebre el matrimonio entre personas del mismo sexo, no desconoce de ninguna manera los derechos de las familias de parejas heterosexuales constituidas mediante matrimonio, en tanto éstos siguen siendo los mismos y gozan de la misma protección; en nada se ven afectados o menoscabos los derechos de las personas que contraen matrimonio entre personas de diferente sexo, si las personas del mismo sexo los celebran entre sí.

### **3.19. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia**

La profesora Diana Carrillo González, en representación de la Universidad Nacional de Colombia, presentó intervención ante esta Corte con la finalidad de sugerir la aplicación del principio de interpretación por analogía o una sentencia integradora, según lo ha desarrollado en precedentes anteriores, por medio de la cual *“el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal”*<sup>17</sup>.

Indicó que en casos anteriores, como en sentencias C-831 de 2010 y C-291 de 2015, la Corte Constitucional logró superar el déficit de protección que existía sobre ciertos derechos como consecuencia de la omisión legislativa

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2015.

del Congreso de la República. Agregó que en esos asuntos, la Corte emitió sentencias integradoras que lograron identificar los supuestos de hecho que habían sido prescindidos por el legislador, con lo cual eliminó la desigualdad o la vulneración de derechos que se presentaba.

Adujo que mediante sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional, refiriéndose a las parejas del mismo sexo, sostuvo que *“hoy por hoy (...) no existen razones objetivas que justifiquen tratamiento diferenciado. Ocho años después todavía no existen, y cuando se esbozan, por norma del ius cogens, debemos revisarlas como sospechosas”*. Por esta razón, expuso que el debate debe aportar nuevos elementos que conduzcan al goce efectivo del derecho a la igualdad y a la protección del principio de no discriminación, pues considera que es un reto histórico para nuestra nación.

Declaró que el debate actual se centra en una inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, la cual, según lo establece la sentencia C-120 de 2013, requiere de una interpretación constitucional *“democrática, justa y equitativa”*, para cumplir el deber de procurar el desarrollo legal necesario para hacer frente a esta discriminación, por ello, *“el órgano de control constitucional es el llamado a ajustar el contenido normativo a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador”*.

### **3.20. Universidad de Los Andes**

Como representante de esta institución universitaria, se presentó la doctora Isabel Cristina Jaramillo, quien realizó su intervención a la luz de la dogmática jurídica del derecho de familia, especialmente en lo que se refiere a la importancia de considerar el contexto de interpretación doctrinal del contrato de matrimonio actual, en virtud del cual, se percibe a dicho contrato como excepcional, por lo menos en dos sentidos: (i) es el único que puede modificar el estado civil de las personas; y (ii) no puede someterse a ningún plazo ni condición.

Consideró que se puede estar en desacuerdo con la idea de que el contrato de matrimonio sea excepcional, pues *“lo importante es que la crítica a la excepcionalidad del contrato de matrimonio sí ha estado orientada a mostrar que la irracionalidad de las emociones es parte misma de lo que*



*consideramos más racional, y que todas las relaciones involucran siempre unos aspectos racionales y unos aspectos irracionales”.*

Indicó que las relaciones de comunidad, ciudadanía y nacionalidad, son relaciones de tanta dependencia o interdependencia en las sociedades contemporáneas, como las relaciones mismas de la familia. *“En ese sentido, el contrato de matrimonio no tendría por qué verse como especialmente distinto de otros contratos que también involucran a otras comunidades, ya sean comunidades civiles o comunidades políticas”.*

Manifestó que *“estar en desacuerdo con la excepcionalidad del contrato de matrimonio, no es lo mismo que pensar que esa excepcionalidad no existe, o que no es parte del contexto de interpretación en el que va a aterrizar una cierta regla. Entonces, asumir la crítica de la excepcionalidad del contrato de matrimonio implicaría por ejemplo dejar en manos o aceptar que puede haber toda suerte de contratos innominados en el campo de las relaciones maritales, y por lo tanto aceptar que sean los mismos contratantes los que decidan si este es uno de esos contratos capaces de modificar el estado civil, si ese contrato va a ser sometido a plazos o va a ser sometido a condiciones, si ese contrato va a tener algunas consecuencias patrimoniales y de qué tipo van a ser”.*

Finalmente, expresó su opinión personal respecto al tema, en el sentido de que *“este cambio me parece que no sería prudente, sería un cambio razonable y deseable probablemente, pero a la luz de las circunstancias que dan origen al caso no pareciera que la Corte tuviera suficientes elementos para tomar todas las decisiones que serían deseable que tomara a la hora de involucrarse en una transformación completa del régimen. De esa manera, lo más prudente sería adoptar la interpretación que ya muchos han hecho de sus sentencias, y es que si se va a aplicar a las parejas del mismo sexo todas las reglas que conciernen al matrimonio de las personas heterosexuales, entonces debemos decir que de lo que se trata es del matrimonio de las parejas del mismo sexo y de las personas con orientación sexual diversa. Esta garantía o este añadir la palabra matrimonio, no es irrelevante, es importante y es la única garantía que podría llevar a suplir el déficit de protección que la Corte ha identificado para las parejas del mismo sexo, y es la única solución que se corresponde con el contexto de interpretación, salvo que la Corte quisiera tomar la*

*decisión de dar el salto de modificar el régimen de excepcionalidad del contrato de matrimonio para transformarlo en un régimen distinto”.*

### **3.21. Universidad Libre de Colombia**

Los ciudadanos Jorge Kenneth Burbano Villamarín y Gustavo Alejandro Castro Escalante, presentaron respuesta a los interrogantes planteados en el Auto de fecha dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015).

Afirmaron que las autoridades notariales y judiciales incurrirían en desacato frente a la sentencia C-577 de 2011, en aquellos supuestos en los cuales se nieguen a solemnizar las uniones entre parejas del mismo sexo, pues la Corte emitió órdenes directas a estas autoridades para reconocer dicho vínculo.

En relación con la vulneración de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo, sostuvieron que la sentencia C-577 de 2011 reconoció con claridad el derecho que tienen las mismas de *“formalizar su unión mediante un contrato solemne”*, de manera que, al momento en que los jueces se niegan a perfeccionar esta figura, incurren en una violación de los derechos fundamentales de esas parejas, como a tener una familia que sea protegida por el Estado, así como *“el derecho a un trato igualitario frente a los otros tipos de familias existentes en nuestro país”*.

Aseguraron que el derecho internacional reconoce para todos los seres humanos los mismos derechos sin distinción alguna, lo cual no es una concesión generosa, sino una garantía que permite a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio civil.

Declararon que a la Corte Constitucional le hizo falta contundencia al definir el derecho que le asiste a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio civil, hecho que contribuyó a generar inseguridad jurídica cuando se trata de definir el contrato solemne. Expusieron que en la sentencia C-577 de 2011, la Sala Plena de esta Corporación indicó que, en virtud del artículo 42 Superior, no es posible aplicar el contrato de matrimonio a las parejas del mismo sexo, toda vez que por dicha norma se consagra la conformación familiar desde la base de la pareja heterosexual.

Señalaron que, no obstante lo anterior, la Corte indicó que ello no significaba que las parejas del mismo sexo no gozaran del reconocimiento de sus derechos.

Manifestaron que el Tribunal Constitucional es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio.

Frente al alcance del vínculo contractual solemne entre parejas del mismo sexo, dispuesto por la sentencia C-577 de 2011, adujeron que se encuentran reunidos los requisitos para realizar una aplicación por interpretación analógica de las normas concernientes al matrimonio civil.

Por último, hicieron un llamado a la Procuraduría General de la Nación para que no promueva acciones de tutela contra jueces para oponerse a las solicitudes de matrimonio civil realizada por personas del mismo sexo, sustentadas en el derecho fundamental al debido proceso.

### **3.22. Universidad Externado de Colombia**

La ciudadana Magdalena Correa Henao<sup>18</sup>, en su intervención dentro de la audiencia pública del treinta (30) de julio de dos mil quince (2015), trató dos temas fundamentales: en primer lugar, que la Corte Constitucional es competente para autorizar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo y esta decisión no debe trasladarse al Congreso; y, en segundo lugar, que la única forma de superar el déficit de protección que enfrentan las parejas del mismo sexo es con el contrato de matrimonio civil. Por consiguiente debe aplicarse analogía a su favor.

Presentó las razones por las cuales a juicio de la universidad la Corte Constitucional es competente para autorizar que las parejas del mismo sexo formalicen su relación familiar con el contrato de matrimonio actualmente vigente en el ordenamiento colombiano y los motivos por los cuales a su juicio no debe delegar la toma de esa decisión al Congreso de la República. Sobre este punto señaló que como la función primordial de la Corte Constitucional es defender los derechos fundamentales de los grupos que han sido históricamente discriminados o marginados del proceso político, es competente para autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

---

<sup>18</sup> Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

Señaló que el matrimonio civil es la única institución jurídica que permite dar lugar a una familia. De esta forma, al encontrar la familia definida como núcleo fundamental de la sociedad, se tiene que la misma se encuentra enmarcada por normas de orden público, lo cual implica que las partes involucradas no pueden modificar el contenido de dichas normas y su incumplimiento genera consecuencias previstas en el mismo ordenamiento. Así las cosas, aseguró que si se pretende excluir a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio civil, sólo queda recurrir a contratos innominados o atípicos, los cuales desconocen las normas de orden público que regulan el derecho de familia y provocaría una desprotección de aquellas conformadas por parejas del mismo sexo, *“puesto que los deberes y derechos que surgen entre los miembros de este tipo de familias, quedan al arbitrio de los contratantes”*.

Resaltó que como las normas que regulan el matrimonio son de orden público por orientarse a la protección de la familia como institución básica de la sociedad, estas tiene efectos particulares de orden formal y material que no existirían de elegirse una *“figura contractual innominada o atípica”*, hecho que perpetuaría a su juicio *“la inseguridad jurídica y la discriminación a la que se encuentran sometidas actualmente las parejas del mismo sexo”*. En este sentido, agregó que:

Por último, expuso que la única diferencia entre las parejas compuestas por personas heterosexuales de las parejas del mismo sexo, es una cuestión que ha sido considerada como categoría sospechosa de discriminación, esto es, el sexo y la orientación sexual de los contrayentes. Ello implica que esa diferencia fáctica debe entenderse como irrelevante en un Estado que se llame democrático y de derecho.

#### **4. INSTITUCIONES Y PERSONAS QUE, POR DIVERSAS RAZONES, ESTIMAN QUE LA CORTE DEBE NEGAR LAS ACCIONES DE TUTELA**

##### **4.1. Procuraduría General de la Nación**

La Viceprocuradora General de la Nación, doctora Martha Isabel Castañeda Curvelo, aclaró que la finalidad de la intervención del Ministerio Público era en pro del interés general, considerado como la división de poderes, la supremacía de la Constitución, el respeto de los

principios democrático, de legalidad y de soberanía popular. Por lo tanto, explicó que las acciones de tutela no se dirijan contra alguien, ni contra algún grupo en específico. En este sentido, presentó los siguientes argumentos para sustentar su tesis y dar respuesta a cada una de las preguntas formuladas por la Corte Constitucional.

*¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?*

Indicó que los Jueces y Notarios Públicos que no celebran matrimonios entre personas del mismo sexo, no vulneran los derechos de las mismas, ya que actúan de conformidad al ordenamiento jurídico vigente. Señaló que si la Corte obliga a estos funcionarios a celebrar y registrar tales matrimonios se tergiversarían y eliminarían los elementos del matrimonio y los de la familia con sus respectivos resultados sociales.

Manifestó que el ordenamiento jurídico colombiano no establece el derecho a las personas del mismo sexo a contraer matrimonio y que la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional ha sido malinterpretada, porque dentro de la misma no existe pronunciamiento en ese sentido. Señaló que la sentencia C-577 de 2011, indica claramente que el matrimonio *“está reservado constitucional y legalmente para parejas heterosexuales”*, sin embargo, en este sentido la Corte declaró la existencia de un déficit en la protección jurídica de la población LGBTI, *“pues encontró que en las instituciones existentes en todo nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo por supuesto el matrimonio, no hay una que les dé la protección jurídica que se consideró que requieren”*.

Consideró que lo que se está buscando con la aceptación del matrimonio de parejas del mismo sexo, es la desintegración de la familia, tanto en la realidad practica como en el ordenamiento jurídico. De esta manera, aceptar el matrimonio de personas del mismo sexo no sería ampliar el concepto de matrimonio, sino redefinirlo, y en este sentido, desnaturalizarlo.

Estimó que el hecho de aceptar la existencia del matrimonio de parejas del mismo sexo, conllevaría a dos presupuestos: (i) que el hombre y la mujer

son idénticos y pueden sustituirse el uno al otro; y (ii) que no tiene ningún valor o, que, en todo caso, puede sustituirse el modelo en el cual los niños tengan un padre y una madre, hecho que provocaría la invalidez de toda idea de paternidad compartida y complementaria, porque simplemente se considerará suficiente con el simple supuesto de ser adultos.

*¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o esta es una competencia del Congreso de la República?*

Afirmó que la Corte ya realizó un pronunciamiento en la sentencia C-577 de 2011, y estableció que es el Congreso de la República el encargado de dar respuesta a esta solicitud. De esta manera, manifestó que si la Corte se arroga competencia para dar respuesta a este conflicto podría existir una extralimitación de la Rama Judicial, que llevaría como consecuencia, la vulneración al principio de separación de las ramas del poder público.

Indicó que se refuerza la postura consistente en que mediante una sentencia de unificación de tutela no sería dable desconocer los razonamientos jurídicos sobre la institución del matrimonio contenidos en los fallos de constitucionalidad indicados y predicar un alcance diferente y una competencia por fuera de la órbita del Congreso de la República. Por lo tanto, esta problemática no puede ser resuelta por medio de un fallo de tutela, así fuese una sentencia de unificación, teniendo en cuenta que esta clase de fallos tienen carácter de obligatoriedad sólo para las partes.

*¿Cuál es el alcance y las características del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011?*

Sostuvo que el vínculo contractual del que se habla en la sentencia C-577 de 2011, no corresponde al negocio jurídico matrimonial ya que precisamente dentro del fallo se refieren a una figura jurídica como un “vínculo contractual” realizando una distinción con la figura del matrimonio. Es evidente que la figura del matrimonio constitucionalmente, se encuentra reservada para las parejas heterosexuales.

#### 4.2. Organización Alliance Defending Freedom

Neydy Casillas Padrón, Sofía Martínez Agraz y Natalia Callejas Aquino, representantes de la organización *Alliance Defending Freedom*, intervinieron en el proceso de la referencia para resaltar la importancia de conservar el matrimonio entre hombre y mujer de acuerdo a lo estipulado por la Constitución Política de Colombia en atención a las siguientes ideas centrales: la primera, en relación con la concepción histórica de la institución del matrimonio; la segunda, con respecto a la falta de poder constitutivo que tiene el Estado sobre la institución del matrimonio; la tercera, sobre la relación intrínseca entre el concepto de familia y el concepto de matrimonio; la cuarta, sobre las consecuencias que devienen de modificar la estructura social; la quinta, en relación con las diferencias biológicas que existen entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales y su incidencia en la institución del matrimonio.

Indicaron que históricamente el matrimonio ha sido una promesa personal entre un hombre y una mujer con una finalidad pública, el cual constituye el fundamento de la familia que es génesis primario de la sociedad, preservado por los gobiernos para la perpetuación de la sociedad. En este sentido, señalaron que la institución social del matrimonio es natural, intrínseca y *a priori* de la constitución del Estado moderno que no tiene como finalidad la simple felicidad y placer de las partes, sino que implica una relación estrecha con la familia y el desenvolvimiento de la misma en sociedad.

Consideraron que si se entiende al matrimonio como una institución de carácter social, natural y previa al Estado, éste no puede tener un poder constitutivo sobre el mismo, por cuanto las leyes y él mismo únicamente reconocerán esta unión porque tienen un interés particular en protegerlo, pero no depende de ellos su definición. De igual forma, adujeron que cuando se habla de matrimonio resulta fundamental referirse a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en este sentido resaltaron que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales, que han establecido que “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y es por ello que tiene derecho a la protección de la sociedad del Estado.*”

Afirmaron que se contempla el matrimonio sólo para la unión entre un hombre y una mujer debido a que a partir de ello existe la procreación. De igual manera indicaron que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que el derecho a casarse y fundar una familia, contemplado en el artículo 23 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, debe entenderse reservado exclusivamente para la unión del hombre y la mujer, en vez de “*todo ser humano*”, “*todos*” o “*para todas las personas*”, como lo hace en las disposiciones.

#### **4.3. Fundación Marido y Mujer**

El Presidente de esta fundación, Javier Armando Suárez, intervino en la audiencia pública realizada dentro del expediente T-4167863 (AC), donde respondió a cada una de las preguntas formuladas por la Corte Constitucional. Sobre el particular, sostuvo lo siguiente:

*¿Considera Usted que una autoridad judicial o notarial vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos?*

Indicó que no existe ningún tipo de vulneración a los derechos fundamentales por cuanto éstos últimos solo pueden reclamarse si se cumplen los presupuestos normativos consagrados en las normas.

Resaltó que de conformidad con el artículo 42 Superior y los artículos 113 y 115 del Código Civil, para estar legitimado para celebrar el contrato de matrimonio es necesario que los contrayentes sean un hombre y una mujer. Aseguró que únicamente las personas individuales que cumplen con tales exigencias pueden acudir ante las autoridades para que apliquen el presupuesto normativo y hacer efectivo el goce de tales derechos.

Indicó que en todos los casos que hacen parte del proceso de la referencia ha participado la sociedad civil, en donde la Fundación Marido y Mujer ha sido su vocera, no se cumplen los presupuestos constitucionales o legales que le permitan a las autoridades judiciales o notariales formalizar el contrato de matrimonio. La recta interpretación de la Sentencia C-577 de 2011 y la aplicación del artículo 42 Superior y los artículos 113 y 115 del Código Civil, evidencian que las parejas del mismo sexo que acuden



156

para celebrar un contrato típico como el de matrimonio, no cuentan con el requisito de capacidad que exige la ley.

*¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho de contraer un matrimonio civil?*

Resaltó que para acceder a la institución del matrimonio, la Constitución, la ley civil y la jurisprudencia han establecido que se realiza mediante un contrato en el cual se exige a las partes unas condiciones determinadas para celebrarlo.

En ese mismo sentido, indicó que existen distintos tipos de vínculos, y relaciones jurídicas que las personas pueden establecer, en el ámbito del derecho privado, amparado por el Estado, y algunos que tienen trascendencia social como el caso del matrimonio, el cual por su función social por participar en él dos personas del sexo opuesto, ha sido tipificado en la ley con los requisitos, formalidades, efectos y obligaciones o derechos correspondientes. Indicó que la unión entre un hombre y una mujer “*para conformar una pareja*” tiene trascendencia en la sociedad, donde el Estado cuando establece su marco regulatorio.

*¿Es competente la Corte Constitucional para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o esta es una competencia del Congreso de la República?*

Señaló que esta Corporación no es competente para tomar decisiones con valor normativo obligatorio sobre el contrato de matrimonio, y tampoco de la modificación del estado civil de las personas. Consideró que tales normas le corresponde dictarlas exclusivamente a los representantes del pueblo en el Congreso, mediante ley, dentro del sistema de la democracia representativa establecido en la Constitución de 1991. De acuerdo con el artículo 42 de la Carta, corresponde a la ley civil determinar lo relativo a las formalidades y deberes y naturaleza del matrimonio. Lo mismo en cuanto se refiere al estado civil de las personas.

*¿Cuál es el alcance y las características del “vínculo contractual” de las parejas del mismo sexo mencionado en el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011?*

Afirmó que en Sentencia C-577 de 2011 el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho para expresar el consentimiento en sus acuerdos contractuales expresados ante un Juez o Notario Público para solemnizar y formalizar el vínculo contractual no se refiere al contrato de matrimonio. De igual manera, indicó que el alcance y características del referido vínculo contractual, exige que sean las partes quienes señalen en tal acuerdo los efectos correspondientes. Solamente el legislador podrá dentro de su libertad de configuración normativa señalar las precisas formalidades adicionales de esas relaciones jurídicas para dotar de contenido o efectos a tales relaciones jurídicas.

#### **4.4. Robert P. George**

El ciudadano Robert P. George presentó intervención dentro del proceso de la referencia y expuso sus consideraciones a favor del concepto histórico y actual del matrimonio civil.

Expresó que se encuentra preocupado por la redefinición que la sociedad le ha dado al concepto de matrimonio, al abolirlo como categoría jurídica y al reemplazarlo por un nuevo concepto. En este sentido, explicó que el matrimonio, como una unión conyugal entre un hombre y una mujer, es un vínculo que únicamente se encuentra estructurado para la procreación y la educación de los hijos, tanto así, que el motivo por el cual las sociedades reconocen la institución del matrimonio, es porque quieren maximizar las oportunidades para que los niños sean educados dentro del vínculo marital de su madre y de su padre.

Expuso que en Estados Unidos, como resultado de una decisión reciente de la Corte Suprema, se cometió el error al redefinir el matrimonio como una forma de compañía sexual, romántica o sociedad doméstica, y se ha reasignado la etiqueta de “*matrimonio*” a ese nuevo objeto. En este sentido, aclaró que este nuevo objeto nunca podrá ser lo que es el matrimonio, y lo que ha sido históricamente, así como tampoco podrá ser la institución única en una sociedad que asegura, en la medida de lo posible, que los hijos sean educados en el vínculo amoroso y comprometido de una madre y un padre.

154

#### 4.5. Marco Fidel Ramírez Antonio

El señor Marco Fidel Ramírez Antonio, Concejal de Bogotá, presentó intervención ante esta Corporación, mediante la cual dio respuesta al cuestionario planteado para el desarrollo de la audiencia y expuso las razones por las cuales considera que debe protegerse la institución actual del matrimonio.

Afirmó que por medio de la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “*un hombre y una mujer*” contenida en el artículo 113 del Código Civil, así como igualmente se declaró inhibida para pronunciarse respecto la expresión de “*procrear*” de la misma norma. En este sentido, aseguró que en este fallo la Corte exhortó al Congreso, para que antes del 20 de junio de 2013 legislara de manera organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, ante cuyo defecto, podrían acudir ante el juez competente o ante el notario para formalizar y solemnizar su vínculo contractual. De esta forma, señaló que la Corte nunca mencionó que dicho vínculo consistía en la celebración del matrimonio.

Adujo que la jurisprudencia constitucional ha establecido los requisitos del vínculo contractual del matrimonio civil, donde se reconoce que éste es celebrado por parejas heterosexuales; así como también, se ha enfocado en el ámbito patrimonial de las parejas homosexuales y ha reconocido diferentes derechos contenidos dentro de la figura de la unión marital de hecho. Sostuvo que la única figura apta para el propósito buscado por las parejas del mismo sexo “*es la denominada unión civil o registrada, la cual difiere de la institución del matrimonio y de la unión de hecho*”, toda vez que en la sentencia C-577 de 2011, la Sala Plena de esta Corte reconoció la necesidad que existe de crear una figura legal y especial para las uniones de parejas del mismo sexo, a lo cual sólo quedaría la creación y regulación de la misma, función que se encuentra en cabeza del Congreso de la República.

Alegó que el hecho de haberse reconocido unos beneficios emanados de la figura de unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo, no implica que se haya autorizado la celebración de un vínculo de carácter matrimonial a las mismas.

#### **4.6. Clara Lucía Sandoval Moreno**

Dentro de su intervención ante los Magistrados de esta Corporación, la Concejal por Bogotá, Clara Lucía Sandoval Moreno, expuso consideraciones a favor de la institución histórica y actual del matrimonio civil, así como la obligación del Estado en protegerla. Sostuvo que deben respetarse las diferencias y el derecho a pensar distinto, como lo es el derecho a no estar de acuerdo con la utilización del concepto de matrimonio civil para parejas del mismo sexo.

Aseguró que la Corte fue clara al referirse que las uniones conformadas por parejas del mismo sexo tienen un déficit de protección que debe ser subsanado, por ello la sentencia C-577 del 2011 exhortó al Congreso de la República a remediar el déficit de protección de las parejas homosexuales a través de la creación de una institución contractual, pero que la definición y especificación de la misma no es una labor que le corresponde a la Corte, por cuanto se debe responder al déficit de protección sin afectar el ordenamiento jurídico.

Explicó que dentro de la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 113 del Código Civil y exhortó al Congreso de la República a legislar sobre el tema. En este sentido, manifestó que los Notarios Públicos que se han negado a celebrar matrimonios de parejas del mismo sexo lo han hecho con base en la Constitución, la ley y la misma sentencia C-577 de 2011. En este sentido, sostuvo que a partir de esa advertencia es claro que no existe imperativo constitucional de darles tratamiento igual a las parejas del mismo sexo frente a las parejas de sexo opuesto, de manera que es importante establecer un vínculo contractual que le reconozca derechos a las primeras, pero en respecto a la institución del matrimonio.

Indicó que cualquier decisión dirigida a modificar la institución del matrimonio civil se encuentra en cabeza del Congreso de la República, pues así lo estableció el Constituyente Primario de 1991.

Expuso que la lucha por la institución matrimonial tiene una gran relevancia en nuestra sociedad, pues su configuración a través de la historia tiene un arraigo en el principio monógamo-heterosexual que busca fortalecer los lazos sociales y familiares. De esta forma, considerar que

esta institución sea un concepto amplio o se vincule al *Poliamor*, plantearía no sólo un cambio al ordenamiento jurídico, sino una reestructuración social y cultural de la que todo un pueblo tendría que ser parte. “¿Por qué no preguntarle al pueblo?”.

Manifestó que con la audiencia pública se ha pretendido resolver a última hora un tema sobre el cual ya la Corte Constitucional se había pronunciado. Por esta razón, planteó las siguientes preguntas a todos los sectores presentes en el auditorio: “¿Algunos de ustedes han hecho uso de la iniciativa popular legislativa para exigirle al congreso que legisle sobre lo ordenado por la sentencia de la Corte Constitucional?”; “¿Acaso el Ministro del Interior o el Ministro de Justicia presentes en esta audiencia han presentado algún proyecto de ley para la creación de ese vínculo que protege los derechos que dicen defender hoy?”.

Sobre dichas preguntas, la Concejal respondió que nada se ha hecho, sino que de nuevo se acude a la instancia de la tutela, que tiene efectos interpartes, para abusar del derecho y pretender que esta Corte legisle sobre un tema a base de sentencias. En este sentido, aseveró que la Corte Constitucional no puede vaciar la competencia que es exclusiva del órgano Legislativo, sino que corresponde al Congreso de la República determinar la legislación respectiva en esta materia, como quedó consignado en la sentencia C-577 del 2011.

Indicó que es importante aclarar que el hecho de no aprobar el matrimonio entre personas de mismo sexo no desconoce el derecho a constituir o ser familia, ya que existe bastante jurisprudencia al respecto. Explicó que muchos de los intervinientes a favor de la aplicación de dicha figura legal a las parejas del mismo sexo, aseguraron que de no accederse a ello, se afectaría el derecho de las mismas a constituir familia, aunque este es un argumento desvirtuable, pues ya la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas oportunidades que el matrimonio no es la única forma de constituir familia.

Agregó que es errónea la consideración según la cual el matrimonio entre un hombre y una mujer, dispuesto por el Código Civil, es discriminatorio, toda vez que el artículo 113 de dicho código no obliga a ninguna persona a renunciar a su orientación sexual o a contraer matrimonio, lo que no

impide que se cree el vínculo contractual con igualdad de derechos y obligaciones a los establecidos en el matrimonio.

#### **4.7. Jairo Ricardo Pinilla González**

El ciudadano Jairo Ricardo Pinilla González, biólogo genetista de la Universidad Javeriana, expuso consideraciones a favor del concepto histórico y actual del matrimonio civil. Desarrolló su intervención en dos partes: en la primera, presentó la posición personal con respecto a los fallos de la Corte sobre la figura jurídica aplicable a las uniones entre parejas del mismo sexo, en la que hizo una precisión para que los Magistrados vieran las interpretaciones que hacen quienes se dedican a las ciencias básicas y a las ciencias positivas y empírico analíticas; y, en la segunda, presentó argumentos por los cuales consideró que el tema, como ha sido abordado, no responde a las necesidades y a los intereses del pueblo colombiano.

Destacó el papel de la Corte Constitucional como órgano de cierre encargado de ser el intérprete autorizado de la Constitución Política, así como máximo garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, función por la cual, en sus providencias, a la par de definir un problema jurídico, siempre dedica importantes líneas encargadas de precisar las facultades que tiene en un supuesto de hecho particular.

Precisó que la Corte ya fijó una postura contundente al ratificar que *“es al legislador a quien le corresponde la definición del modelo contractual que permita avanzar en déficit de posibilidades que hoy ostentan las parejas del mismo sexo para formalizar sus uniones, pero dejando claro que no se encuentra habilitada para decidir cuál (sic) vía, ni imponer el mecanismo que será empleado con este fin, pues para ello existe un órgano natural instituido en la Constitución, y como guardiana de la Carta Política debe reivindicar y reconocerlo”*.

Reiteró lo señalado por la Corte Constitucional frente a las referencias en derecho comparado sobre el tema que se aborda, de lo cual expuso que la experiencia internacional demuestra en numerosos e importantes casos, que han sido los Congresos o Parlamentos de los países los que han avanzado en la configuración del marco normativo en estos temas, quedando para los tribunales constitucionales, en cumplimiento de su función de ente de control, verificar una vez ha sido proferida la ley, que

no se hayan vulnerado los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo.

Por otra parte, advirtió que si se tiene en cuenta que el señalamiento de si la unión entre estas parejas será el matrimonio u otro tipo de contrato, lo cual ha sido una opción válida en el ámbito internacional, es claro, como lo ha indicado la Corte, que el debate no puede reducirse a *“un aspecto tan puntual como la constitución de la familia, porque cada una de esas figuras jurídicas comprende un elevado número de materias regulables, así como un sinnúmero de relaciones jurídicas proyectadas en distintas áreas del ordenamiento, más allá del derecho civil y del derecho privado en general”*.

Indicó que no existen dudas sobre la existencia de límites infranqueables de la Corte Constitucional, los cuales debe observar con rigor si se espera avanzar en el proceso de fortalecer la institucionalidad.

Explicó que todo conocimiento es positivo y, sin embargo, su aplicación puede no serlo, o incluso su ejecución puede ser *“perversa”*, por lo que es necesario procurar no repetir los mismos errores que ya ha cometido la humanidad.

#### **4.8. Ilva Miriam Hoyos**

La ciudadana Ilva Miriam Hoyos, Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y Familia, presentó intervención ante la Corte Constitucional con el propósito de explicar, en calidad de académica, por qué no es conveniente aplicar el matrimonio civil para parejas del mismo sexo.

Afirmó que la Corte Constitucional es competente para pronunciarse de fondo sobre acciones de tutela que se configuren en sentencias que permitan precisar y aplicar la manera de entender los preceptos constitucionales relativos al matrimonio, así como a la forma en que las parejas del mismo sexo pueden unirse mediante un vínculo jurídico. Así también, para determinar el alcance de los numerales 4º y 5º de la parte resolutive de la Sentencia C-577 de 2011.

Sostuvo que la competencia de la Corte Constitucional es limitada, pues no puede invadir los aspectos esenciales de la institución matrimonial que el Constituyente se reservó, ni reemplazar al legislador en la regulación del contrato que formaliza la unión de parejas del mismo sexo.

Explicó que las notas de la heterosexualidad y de la procreación, que caracterizan constitucional y legalmente al matrimonio en Colombia, no deben entenderse como criterios sospechosos de discriminación de las parejas con orientación homosexual, sino que son una forma de distinguir las calidades y potencialidades contenidas en las diversas relaciones sociales, lo cual constituye una de las funciones del Estado frente al matrimonio y la familia. Adujo que esta regulación se basa en 3 principios: (i) la diferenciación de las relaciones sociales que exige distinguir el matrimonio de otras relaciones, (ii) el principio de gradación de la protección de las relaciones sociales, que implica la diversidad de la protección en la medida en que esas relaciones contribuyan a la coacción y a la supervivencia de la sociedad y (iii) el principio de no discriminación que permite un trato distinto en tanto que se dan supuestos distintos que no hacen posible su asimilación y excluye la analogía.

Sostuvo que el matrimonio y la familia son ejes esenciales de la sociedad que se ha reservado la Constitución. No son sólo vínculos de solidaridad, sino naturales y jurídicos que se amplían en los vínculos de filiación y parentesco, por ello el artículo 42 Superior hace referencia directa a la Constitucionalidad de la filiación y al parentesco. Asimismo, aclaró que el criterio que confiere al matrimonio el carácter de relación familiar, es la generación y actualización entre los cónyuges de un vínculo de engendrados y engendrades, pues de la relación padres e hijos e hijas y padres se genera la familia.

Señaló que si en los términos del artículo 42 se le confía a la Corte Constitucional la integridad y la supremacía de la Carta Política, ella misma debe respetar la reserva constitucional del matrimonio, pues de lo contrario incurriría en una sustitución de la Constitución y, a su vez, en una deconstrucción del matrimonio, con lo cual, no sólo se pondrían en entredicho las argumentaciones tradicionales sobre el concepto del matrimonio, sino que se reinterpretaría esta institución a través de un orden diferente de significado, que ya no tendría como punto de partida la distinción constitucional entre el hombre y la mujer y su



complementariedad, sino el déficit de protección a causa de la orientación sexual. Por esta razón, asegura que entre la institución deconstruida (matrimonio heterosexual) y la reconstruida (matrimonio homosexual) habría una relación asimétrica, pues una estaría situada en el plano de aquello que es condición de posibilidad de otra.

Indicó que los Jueces y los Notarios Públicos que no accedan a la celebración y al registro de un matrimonio civil entre parejas del mismo sexo no vulneran derechos fundamentales, pues los solicitantes carecen de legitimación y los servidores públicos no tienen competencia para celebrar un contrato de esta naturaleza. Al respecto, sostuvo que la Corte Constitucional, en la sentencia C-577 de 2011, no asimiló el matrimonio con el vínculo jurídico que une a las parejas del mismo sexo, sino que por el contrario, declaró exequible, sin condicionamientos, el artículo que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, en virtud de la distinción de sexos opuestos. En este sentido, citó el aparte de dicha sentencia, por el cual la Sala Plena de la Corte explicó que *“el matrimonio aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual”* y, además, aclaró que la misma Corte determinó en el mismo fallo que no cabe la analogía entre el matrimonio y la unión de parejas del mismo sexo.

Alegó que si bien la Corte consideró necesaria la intervención del legislador para regular una nueva figura contractual que permita a las parejas del mismo sexo decidir autónomamente sobre la posibilidad de constituir familia y superar la omisión legislativa absoluta que genera un déficit de protección, no es menos cierto el hecho que ella misma delineó algunas de las características de ese vínculo, como lo son: el carácter contractual, la nominación jurisprudencial, los sujetos del vínculo, la singularidad, la especificidad, la distinción con otras relación, las solemnidades que dan origen al vínculo y los funcionarios competentes. Por esta razón, aclaró que este contrato fue nominado jurisprudencialmente, por lo cual no se presenta el presupuesto que permita aplicar la analogía.

#### **4.9. Universidad Sergio Arboleda**

Rodrigo González Quintero, Profesor de la Universidad Sergio Arboleda e investigador del Grupo Crear, indicó que correspondería al Congreso de la República, y no a la Corte Constitucional, reformar la definición de

matrimonio contenida en el artículo 42. Su intervención la presentó en cuatro puntos: en primer lugar, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado; en segundo lugar, sobre la regulación constitucional del matrimonio; en tercer lugar, sobre la cosa juzgada constitucional y la Constitución viviente; y, en cuarto lugar, sobre el matrimonio, el Congreso de la República y el principio de separación de poderes.

Expresó que en el caso *Obergefell vs. Hodges*, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que el debido proceso protegía *“aquellas libertades que se extienden a ciertas decisiones personales que son capitales para la dignidad humana y la autonomía, las cuales incluyen opciones íntimas que definen la identidad y creencias personales”*. Así, puntualizó que el derecho al matrimonio para personas del mismo sexo es parte de la libertad prometida por la Enmienda XIV.

Igualmente, se refirió a lo ocurrido en el caso español, y señaló que al desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley que permite contraer matrimonio entre parejas del mismo sexo en ese país, el Tribunal Constitucional Español sostuvo la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, calificándolo simultáneamente tanto de *“institución garantizada por la Constitución”*, como de *“derecho constitucional”*.

Agregó que, en el plano del derecho de familia, desde la lectura del artículo 42 Superior, la Corte Constitucional superó el déficit de protección o exclusión que sufrían las parejas homosexuales del concepto de familia constitucionalmente protegida, por lo que, a su juicio, la discusión fue solventada de acuerdo al vínculo familiar generado por la convivencia entre personas, como una realidad generadora de ciertos derechos, sin tener en cuenta la perspectiva de género.

Afirmó que *“en los casos rogados hoy, el asunto no se corresponde a una limitante normativa legal, en cuyo evento la Corte podría examinarla de acuerdo con las disposiciones de la norma fundamental- sino una limitante contenida en el artículo 42 de la Constitución”*. Así, adujo que de acuerdo con Gustavo Zagrebelsky, una cosa es decidir desde la Constitución (control de normas inferiores) y otra muy distinta, decidir sobre la Constitución.

Explicó que, desde el fallo C-577 de 2011, puede justificarse la negativa de Jueces y Notarios Públicos para acceder a la celebración y registro de matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, así como haber ofrecido la formalización del vínculo formal y solemne entre ellas, razón por la cual podría decirse que esos funcionarios han acatado la cosa juzgada constitucional como “*carácter inmutable de las sentencias*”.

Recordó que la Corte reconoció a la pareja homosexual la posibilidad de conformar una familia, entendiendo que dicha posibilidad habría de ser desarrollada no por dicha Corporación, sino por el Congreso. Pero, señaló que la definición de matrimonio tiene una limitación textual en el artículo 42 constitucional, cuya enmienda sólo compete al poder reformador de la Constitución. De esta forma, aseguró que “*no es ocioso considerar que el Congreso, fiel a su función Constituyente, llegue a reformar el artículo 42, pues de lo contrario se estaría atentando contra el diseño institucional colombiano de separación de poderes*”.

Por lo anterior, explicó que correspondería al Congreso de la República, y no a la Corte Constitucional, reformar la definición de matrimonio contenida en el artículo 42, pues de lo contrario se incurriría en lo que el Tribunal mismo ha calificado como una “*invasión al ámbito competencial*”.

#### **4.10. Universidad de La Sabana**

Los profesores Martha Miranda Novoa, Fabio Enrique Pulido y Vicente F. Benítez R., en representación de la Universidad de la Sabana, presentaron intervención dentro del proceso de la referencia y expusieron sus consideraciones a favor del concepto histórico y actual del matrimonio civil.

Aseguraron que una autoridad judicial o notarial no vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no acceden a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos, toda vez que según lo establecido en el artículo 113 del Código Civil, las uniones entre dos personas del mismo sexo no pueden celebrarse como un matrimonio civil, puesto 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 de auxiliarse mutuamente*”. En este sentido, advirtieron que

esta norma fue declarada exequible en Sentencia C-577 de 2011, en la cual, la Corte Constitucional, de manera expresa, señaló que no es posible extender los efectos del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo, puesto que el matrimonio, constitucionalmente, está previsto para las parejas heterosexuales.

Sostuvieron que en esa misma providencia, la Corte planteó que, ante la ausencia de una ley que proteja las uniones de personas del mismo sexo, la analogía es una posibilidad que debe descartarse, puesto que no hay un imperativo constitucional de darles tratamiento igual, ya que a causa “*de la no semejanza de supuestos*”, es improcedente la analogía total, por lo que al juez constitucional le corresponde actuar de manera singular y examinar los aspectos concretos de cada caso.

Concluyeron que, al no existir ley o jurisprudencia que avale la asimilación entre la unión de personas del mismo sexo y el matrimonio civil entre un hombre y una mujer, no puede asegurarse que existe vulneración de los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no acceden a la celebración o registro de un matrimonio civil entre ellos.

Respecto a determinar si los miembros de una pareja del mismo sexo tienen derecho a contraer un matrimonio civil, manifestaron que es indispensable realizar un análisis del artículo 42 Superior, el cual establece que la familia “*se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*”, y reiteraron, a su vez, lo consagrado en el artículo 113 del Código Civil, que señala que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer, motivo por el cual, y de conformidad con la sentencia de constitucionalidad en cita, las parejas del mismo sexo no están autorizadas para realizarlo.

Indicaron que en la mencionada sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional se concentró en la disyunción entre familia constituida por vínculos jurídicos y la conformada por vínculos naturales, estableciendo que la Constitución limitó el alcance de los efectos jurídicos a las familias constituidas por el matrimonio, surgiendo entonces, la cuestión de establecer si el matrimonio es exhaustivo y excluyente respecto de los

mecanismos constitucionalmente admisibles para constituir una familia por vínculos jurídicos.

Al respecto, destacaron que al interior de la Corte Constitucional existen dos tesis a saber: la primera, que sostiene que, a pesar de que la Constitución ordena una especial protección en relación con el matrimonio como mecanismo para constituir la familia por vínculos jurídicos, ello no excluye que el legislador contemple un mecanismo para que *“las parejas homosexuales”* conformen una familia por vínculos jurídicos. La segunda tesis, afirma que el artículo 42 Constitucional es suficientemente claro en torno a que la institución del matrimonio es exclusiva de las parejas heterosexuales, de manera que si las parejas del mismo sexo pretenden formar una familia deben hacerlo estableciendo otro tipo de vínculos distintos a los que surgen como consecuencia del matrimonio, sin embargo, la familia es un derecho constitucional que se debe reconocer tanto a las que son constituidas por relaciones jurídicas, mediante el matrimonio, como a las que son constituidas por vínculos naturales.

Sobre el segundo punto, consideraron que la discusión está basada en una errada interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, fundada en el énfasis dado por la Corte a la distinción ente vínculos naturales y vínculos jurídicos como medios de constitución de la familia. De esta manera, advirtió que en realidad la diferencia fundamental establecida en la norma superior como medio para constituir una familia es *“la trazada en relación a) la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio y b) la voluntad responsable de conformarla.”*

Plantearon el siguiente interrogante: *“¿Cómo interpretar, entonces, la noción de vínculos jurídicos y naturales?”*, recalando que estas nociones no apuntan a determinar la forma de constituir familia sino a tipos de relaciones que se generan entre las personas que forman parte de la familia. En este sentido, señalaron que *“al interior de una familia, cualquiera que sea su forma de constitución, se pueden generar vínculos de tipo jurídico (v.gr. entre cónyuges) o naturales (v.gr. entre hermanos)”*, por lo que *“la distinción entre vínculos jurídicos y naturales no apunta a la forma de constituir la familia sino al título o fundamento de los vínculos que se generan entre los miembros de la familia”*, los cuales independientemente de que sean naturales o jurídicos, deben ser protegidos y regulados por las normas jurídicas.

En relación con el interrogante sobre si la Corte Constitucional es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o si ésta es una competencia del Congreso de la República, sostuvieron que el mismo puede resolverse desde dos perspectivas distintas que arrojarían respuestas opuestas, fijando de entrada que, en su opinión, la Corte no posee dicha competencia. Para abordar este punto, aseveraron que puede presentarse una respuesta a partir del derecho positivo y de una interpretación aislada, y una desde la teoría de la Constitución y una interpretación sistemática.

Sobre la primera respuesta, ofrecida desde el punto de vista del derecho positivo y desde una interpretación aislada, señalaron que podría considerarse que la Corte Constitucional, *prima facie*, sí estaría facultada para decidir sobre el asunto, por cuanto de conformidad con las funciones asignadas por el artículo 241 de la Constitución, tiene la competencia de revisar las decisiones judiciales producto de las acciones de tutela que presenten las personas para proteger sus derechos fundamentales. No obstante, consideró que *“esa lectura (francamente simple desde una perspectiva genuinamente constitucional) no tiene en cuenta otros factores y disposiciones Superiores que deben analizarse a la luz de la Teoría de la Constitución”*.

Explicaron que la respuesta ofrecida desde la teoría de la Constitución y desde una perspectiva sistemática, el juez constitucional, intérprete autorizado de la norma superior, tiene entre sus manos una labor más activa, encaminada a *“hacer hablar a la Constitución”*, pero recordando siempre que es un órgano constituido y que, por tanto, se encuentra sometido a los límites establecidos en ella. En este sentido, plantearon que el eje central de su intervención gira en torno a determinar quién debería tener la última palabra o decidir los asuntos constitucionales discutidos, por oposición a qué se debería decidir de acuerdo con lo que es justo.

Afirmaron que el uso de una disposición constitucional cuyo contenido es dudoso o debatido, y que razonablemente puede dar lugar a interpretaciones opuestas, no puede ser considerado como la aplicación de la voluntad del pueblo sino *“de la mayoría que logró un consenso en la Corte respectiva”*. Por lo anterior, afirmó que en el caso que ahora conoce la Corte Constitucional, *“prime facie no es posible discernir una norma directamente autoaplicativa que señale que es posible o que es derecho*

*que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio*”, por lo tanto consideró *“no es irrazonable pensar que ambas interpretaciones (la que permite y la que niega) puedan derivarse del texto constitucional”*, circunstancia que se evidenció en la sentencia C-577 de 2011, en la que hubo Magistrados que consideraron que de la Constitución sí se deduce la posibilidad de contraer matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo, y otros que coligieron lo contrario.

Desde este punto de vista, sostuvieron que al no existir unanimidad, el mecanismo adoptado por la Corte para la toma de una decisión es el voto mayoritario, esto es la postura que tenga más votos al interior de la Corporación, será la nueva ley suprema, la nueva Constitución. En este sentido, si la cuestión se reduce a votos, postuló el interviniente los siguientes interrogantes: *“¿Por qué no preferir que los asuntos constitucionales más esenciales se decidan por medio de mecanismos democráticos como el Congreso o por las mismas personas mediante una reforma constitucional con participación ciudadana? ¿No generaría esta alternativa una decisión más legítima que pueda ser más fácilmente aceptada por la ciudadanía? ¿Por qué debe imponerse una interpretación de la Constitución cuyo único punto diferenciador es que tuvo más votos que su opuesta? ¿No será mejor lograr una constitucionalización del Derecho “desde abajo”, con aceptación de los interesados?”*.

#### **4.11. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario**

El ciudadano Juan Enrique Medina Pabón<sup>19</sup> presentó intervención dentro de la audiencia pública programada dentro del proceso de la referencia, por la cual señaló que al legislador le corresponde decidir cuál es la forma contractual que considera conveniente para las parejas del mismo sexo.

Indicó que el verdadero objeto de la discusión en este caso radica en el tema de protección de una población que, a su juicio, ha sido discriminada injustificadamente y con un notorio déficit de protección. Afirmó que es necesario que esta discriminación se termine, independientemente de si la decisión que se tome consista en establecer contrato marital –no innominado– que no sea matrimonio, o incluso si el Congreso de la República llegase a expedirse una ley en el mismo sentido. De esta forma, manifestó que lo que debe cambiar es la mentalidad y comportamiento de

<sup>19</sup> Profesor de Derecho de Familia de la Universidad del Rosario.

los conciudadanos, con el fin de aprender a rechazar las segregaciones a las personas diferentes por cualquier circunstancia y el irrespeto a los demás. Agregó que no le es posible compartir el argumento según el cual, es necesario que se consagre un matrimonio civil para la pareja del mismo sexo y, además, que se tenga que acudir a símbolos, imágenes y ficciones para alcanzar los propósitos perseguidos con estas medidas. De esta forma, señaló que la unión marital es digna y debe recibir sus derechos y el reconocimiento con un contrato marital propio para estas parejas.

Adujo que el matrimonio, más que un contrato, ha sido siempre una institución, que a su modo de ver, fue impuesta en cierta medida por la sociedad a los contrayentes y en este sentido no se permitió que las partes determinaran su régimen. En su opinión, con el contrato marital entre parejas del mismo sexo se procura dar respuesta jurídica a una forma de discriminación o déficit de protección de un sector de la población, es decir, reconocer los intereses mutuos de la pareja o como lo han sostenido los tribunales internacionales es un asunto de la intimidad y el reconocimiento de unión. Así, identificó *a priori* los elementos esenciales, naturales, accidentales, efectos y extinción del matrimonio y los comparó con aquellos del contrato marital de parejas del mismo sexo.

Se refirió sobre algunos elementos de la esencia del contrato de matrimonio civil, de lo cual expuso que el mismo se celebra entre dos personas de sexo opuesto. Al respecto, señaló que de aplicarse las reglas de este contrato a la unión solemne entre parejas del mismo sexo, este matrimonio sería inexistente.

Respecto de la forma y competencia del funcionario, aseveró que la Corte no especificó cuál era el funcionario competente, al indicar únicamente que el contrato marital entre parejas del mismo sexo se podía celebrar ante el juez o el notario.

En relación con los elementos de validez del contrato, expuso que para el matrimonio civil, la edad es de 14 años para ambos sexos, aunque si se contrae antes de la mayoría de edad se requiere el consentimiento de los padres, ascendientes o curadores, según el caso. Adujo que, en el contrato marital, quizás la edad para contraerlo deba ser la mayoría de edad, por la dificultad de reconocer si a una corta edad el sujeto ya ha tomado una decisión consciente y madura sobre su tendencia sexual, de modo que



pasará a convertirse en un proyecto de vida. Asimismo, frente al consentimiento, especificó pueden aceptarse los errores en las calidades esenciales (los cuales no existen en el matrimonio civil), respecto de la orientación sexual, toda vez que los contrayentes tiene como finalidad de este contrato la *funcionalidad sexual*, que no hace parte del matrimonio.

Frente a los efectos del contrato marital, resaltó que, aunque un claro fin del contrato marital entre personas del mismo sexo sea la convivencia, no es determinante que tenga una vocación de permanencia de la unión que genere un deber y que ésta sea parte integral de los objetivos de las partes. De tal forma, añadió que es de prever que si las partes pretenden una expresión pública, oponible y respetable de su afecto e interrelación en el campo de la expresión de la sexualidad, cuando este afecto se acabe debería darse por terminada la unión, y tampoco se opondría a que se suspendiera y reanudara según el criterio de las partes. Agregó que sería necesario determinar si se mantiene el deber de convivencia, cuando se acabe la capacidad sexual funcional, que es el interés de los miembros de esta unión.

Señaló que podría pensarse que este contrato en mención generaría estado civil, aunque en un aspecto de régimen positivo solamente el matrimonio lo constituiría, pues esta materia es rigurosamente legal. Así también, en relación con la sociedad patrimonial universal, aseveró que las uniones afectivas prolongadas en el tiempo presuponen realizar una cantidad de esfuerzos económicos por los miembros de la pareja, tendientes a la satisfacción de las necesidades y multiplicación económica, por lo cual, es natural que lo repartan como un presupuesto que se cumple en el contrato marital.

Sobre la separación de cuerpos, sostuvo que como el matrimonio era permanente y no debía disolverse, se permitía que por razones de dificultad real de convivencia se suspendiera la vida marital sin afectar el vínculo. En el contrato marital, afirmó, *“esta posibilidad es prácticamente inaplicable, porque como se dijo, nada hace pensar que sea un propósito social la permanencia de las parejas del mismo sexo, que se tornaría una imposición injustificada e inútil, ya que como se dijo la convivencia es asunto ligado al vínculo puramente afectivo que debe durar tanto como dicho vínculo se mantenga”*.

Para concluir, estableció que el contrato al que se refiere la sentencia C-577 de 2011, no sólo es un contrato especial que no se trata de un matrimonio civil, sino que no admite por asimilación dicho calificativo, toda vez que, salvo los elementos comunes explícitos en la sentencia, el régimen del matrimonio civil no se ajusta al contrato de unión entre personas del mismo sexo.

### **ANEXO III**

#### **INTERVENCIONES NO PRESENCIALES**

Quienes fueron invitados a participar en la audiencia pública del treinta (30) de junio de dos mil quince (2015) y no lograron comparecer a ella, enviaron sus escritos de intervención para expresar sus consideraciones al respecto. En ese mismo sentido, diversos ciudadanos y organizaciones interesadas allegaron a la Secretaría General de esta Corporación escritos de intervención.

#### **A. Intervenciones a favor del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo**

##### **1. Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex para América Latina y el Caribe (ILGALAC)**

El Director Ejecutivo de esta organización, Pedro Paradiso Sottile, consideró que se debe acceder a reconocer el matrimonio igualitario, de conformidad con las siguientes temáticas que incluye en su intervención: la primera, relacionada con los principios de igualdad y no discriminación como valores fundantes de nuestra comunidad política y como limitantes a las potestades del Congreso; la segunda, con respecto a las objeciones que se han empleado tradicionalmente en relación con el matrimonio igualitario; la tercera, sobre la distinción por la orientación sexual como un criterio que no es legítimo para definir distinciones en el goce de los derechos; y la cuarta, en relación con el reconocimiento del derecho a casarse en normas nacionales y supranacionales.

Señaló que el principio de igualdad y no discriminación son valores fundantes de nuestra comunidad política y núcleo fundamental del sistema constitucional, que han sido consagrados y reconocidos desde el comienzo

165

mismo de las naciones. Adujo que el derecho a casarse sólo puede ser entendido como el derecho libre a decidir con quién casarse, y la orientación sexual constituye una característica inmutable de la personalidad que no puede ser la base para la negación de un derecho fundamental como el matrimonio civil.

Sostuvo que no es la primera vez que el principio de igualdad y no discriminación se enfrenta a una norma que niega el derecho a decidir con quién casarse en base a un criterio prohibido; dicho desafío jurídico ya tuvo lugar en el año 1967 en los Estados Unidos cuando la Corte Suprema de ese país sostuvo que una ley que prohibía el matrimonio interracial violaba la cláusula constitucional de igualdad ante la ley.

Consideró que los principios generales de razonabilidad, igualdad y no discriminación constituyen una fuerte limitación a las potestades del Congreso, y son estándares obligatorios que se deben respetar cuando se regula o reglamente un derecho de jerarquía constitucional, como el derecho fundamental a formar una familia y contraer matrimonio, por lo que tales principios prohíben alterar con la ley los derechos reconocidos en la Constitución Nacional.

Adujo que constituye una plena convicción democrática y un acto de nobleza, reafirmar que todos los habitantes de Colombia gocen de los mismos derechos, estén sujetos a los mismos deberes y se encuentren tutelados por las mismas garantías, sin ningún tipo de discriminación. Se preguntó si existe alguna base racional para negarle el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo y al respecto se refiere a las objeciones que se han empleado en relación con este tema:

Sobre la tradición de la institución, consideró que este concepto viene ligado a la idea del matrimonio como institución religiosa y no secular, y en consideración al Estado laico en el que vivimos y a la consagración del principio de igualdad de cultos, el exponente afirmó que no es necesario adentrarse en ésta discusión.

En relación con la incapacidad de procrear que señala a las parejas del mismo sexo como un riesgo o peligro para el interés superior de los niños, sostuvo que no puede bajo ninguna perspectiva definirse la posibilidad de procreación como la finalidad esencial y única del matrimonio, y tampoco

puede negarse dicho derecho por la falta de capacidad reproductiva de los contrayentes; en efecto, el Estado no exige una negación sobre la capacidad o intención de los cónyuges de ser padres y madres, justamente porque el matrimonio es un derecho fundamental para todas las personas.

Indicó que el compromiso con la igualdad y la no discriminación tiene fundamentalmente un nivel de jerarquía jurídica, no sólo internamente, ya que las convenciones de derechos humanos lo consagran como una directriz básica para analizar las leyes del Congreso y como una pauta interpretativa fundamental para los Estados.

Sostuvo que la orientación sexual no es un criterio legítimo para establecer distinciones en el goce de los derechos reconocidos por el Estado. Consideró que la distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales a los fines del reconocimiento del matrimonio no persigue un fin estatal legítimo, mucho menos urgente o imperioso, ya que los fines alegados para realizar tal distinción no requieren la marginación y estigmatización de las personas homosexuales.

Señaló que la negación del matrimonio a las parejas del mismo sexo es inconstitucional, en tanto que constituye una discriminación inaceptable basada en la orientación sexual de las personas, violatoria además del derecho a la autonomía personal y el derecho a contraer matrimonio.

Dispuso que las normas nacionales e internacionales de derechos humanos reconocen el derecho de las parejas a contraer matrimonio, y dicha normativa debe prevalecer sobre la ley interna que regula el matrimonio civil. Adujo que el derecho a casarse reconocido en normas constitucionales y supranacionales, garantiza a las parejas del mismo sexo los mismos derechos constitucionales sustantivos que a las parejas heterosexuales a elegir al compañero de vida y a unirse con esa persona en un compromiso oficialmente reconocido y a formar una familia protegida que disfrute de todos los derechos constitucionales del matrimonio civil.

Sostuvo que las leyes que imponen un tratamiento diferencial sobre la base de la orientación sexual deben verse como constitucionalmente sospechosas de conformidad con la cláusula de igual protección y las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en los pactos internacionales de derechos humanos.

Concluyó que las personas tienen un derecho humano fundamental a contraer matrimonio que no puede ser negado por el Estado; derecho de crucial significación para su felicidad y bienestar, que ha sido reconocido y garantizado por normas supralegales y constitucionales y que sin lugar a dudas debe ser reconocido por la Corte Constitucional de Colombia.

## 2. Fundación Freedom to Marry

El Fundador y Presidente de la organización "*Freedom to Marry, the campaign to win marriage nationwide*" consideró que la Corte Constitucional debe garantizar el derecho al matrimonio igualitario, pues Colombia, al ser un Estado Democrático, debe velar por que a cada uno de sus ciudadanos le sean garantizados los derechos humanos y las libertades básicas, y se refirió en su intervención a las siguientes temáticas: la primera relacionada con la decisión que adoptó la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos tendiente a reconocer el matrimonio igualitario; y la segunda con respecto al rol que debe desempeñar la Corte Constitucional frente al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo y frente a las mayorías.

Señaló que países como Colombia y los Estados Unidos comparten un mismo compromiso ante el imperio de la ley, de la democracia, de la igualdad de todos los ciudadanos y de los derechos humanos. Además, señaló que los valores constitucionales que comparten estas dos naciones requieren terminar con la exclusión que han tenido que sufrir las parejas homosexuales.

Adujo que estas parejas comparten los mismos deseos y necesidades que cualquier otra pareja comprometida, tanto por razones tangibles como por motivos intangibles, en razón de los cuales un país como los Estados Unidos terminó con la mencionada exclusión, siendo esa una nación con los mismos valores constitucionales que imperan en Colombia.

Hizo referencia a la decisión de la Corte de Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodges*, y señaló que la preponderancia de los jueces que apoyaban el matrimonio entre parejas del mismo sexo refleja que no existe razón válida dentro de un sistema constitucional para que se continúe negando el derecho solicitado por las parejas del mismo sexo.

Enfatizó en que no existe justificación alguna para que se siga excluyendo a estas parejas, ni para que se les niegue el derecho a la igualdad. Recordó el rol de la Corte Constitucional en la cuestión debatida, e indicó que el mismo implica que existe un deber de buscar afirmar y garantizar los derechos humanos y las libertades básicas como el derecho a casarse. Añadió que el papel que debe asumir la Corte no es el de forzar a ciertos ciudadanos para que logren obtener un permiso con el fin de ejercer un derecho, aun cuando se trate de una minoría.

Citó lo afirmado por el Juez Kennedy en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida en el caso *Obergefell vs. Hodges*, quien indicó que la dinámica del sistema constitucional permite que los individuos pueden invocar la protección de sus derechos cuando sientan que los mismos les han sido vulnerados, por lo cual un derecho fundamental no puede estar sujeto a un voto o depender de él.

Afirmó que con dichas palabras, las cuales también fueron acogidas por la mayoría de los jueces en ese entonces, se evidenció que los gobiernos democráticos deben: (i) velar por que a cada uno de sus ciudadanos le sea garantizado su derecho a la igualdad y (ii) no permitir que las libertades fundamentales sean limitadas, a menos de que exista una necesidad o una razón justificada, ninguna de las cuales ha tenido lugar en Colombia verdaderamente. Así, concluyó que es deber de una Corte Constitucional afirmar y realizar las garantías establecidas en la Constitución y asegurarse de que las mismas le sean protegidas a todos los ciudadanos y no solamente a aquellos que pertenecen a la mayoría.

### **3. David Norris**

El ciudadano David Norris presentó intervención a favor de crear el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, para lo cual describió el proceso que se vivió en Irlanda y que tardó cuarenta años en desarrollarse.

El primer paso consistió en deshacerse de las leyes penales que prohibían las relaciones sexuales entre hombres, objetivo que fue perseguido por el movimiento gay de finales de los años sesenta y principios de los setenta, el cual, además de prestar servicios legales para aquellos hombres imputados por ofensas sexuales, estaba determinado a remover la ley penal

referida. En este sentido, narró que las leyes por las cuales se prohibían las relaciones sexuales entre hombres tuvieron origen en el siglo XVI, cuando Enrique Séptimo (Rey de Inglaterra e Irlanda) incautó los monasterios para tomar el poder sobre las Cortes Eclesiásticas. Expuso que para aquella época, los comportamientos homosexuales habían sido considerados como pecados y por ello su competencia correspondía a las autoridades eclesiásticas. Sin embargo, años después, dichas conductas pasaron de considerarse pecados a ser delitos.

Los prejuicios en contra de los comportamientos homosexuales se originaron por los hijos de Israel en el Antiguo Testamento, los cuales posteriormente se expandieron a partir de ahí a cada una de las tres religiones monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo. De esta forma, el Imperio Inglés tuvo fuertes intenciones en expandir esta situación legal a todo el mundo, aunque esta legislación permaneció en Irlanda por casi todo el siglo veinte y consistió de dos Actos; Delitos contra la Persona (1861) y la Enmienda de Labouchere (1885).

#### **4. Pierre de Vos**

El ciudadano Pierre de Vos presentó sus consideraciones a favor de la aplicación del matrimonio civil sobre las uniones entre parejas del mismo sexo, las cuales sustentó de la siguiente manera:

Manifestó que testificó ante el Parlamento sudafricano en el año 2005, cuando se consideró adoptar legislación tendiente a extender los derechos legales para las parejas del mismo sexo. Indicó que esta legislación fue diseñada para darle pie a una sentencia de la Corte Constitucional en el caso de *Minister of Home Affairs v. Fourie*.

Señaló que, subsecuentemente, el Parlamento adoptó la Ley de la Unión Civil, que aseguró el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. En este sentido, mencionó que durante las audiencias que se llevaron a cabo ante el Parlamento, logró explicar por qué era importante proteger la dignidad de los homosexuales, de manera que recomendó adoptar dos medidas: (i) extender todos los derechos legales asociados al matrimonio a las parejas del mismo sexo; y (ii) asegurar que esto se hiciera de manera que le confiriera a las parejas del mismo sexo el mismo estado simbólico asociado al matrimonio tradicional.

Indicó que a la Corte Constitucional le correspondió decidir si excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, era discriminatorio o no en los términos de la Constitución. Así las cosas, sostuvo que dicho Tribunal determinó que: (i) la exclusión de las parejas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio civil era contrario a los fundamentos de la historia Sudafricana, pues durante el periodo del “*Apartheid*” se limitaron drásticamente los derechos de los individuos para comprometerse y para tener relaciones íntimas reconocidas por el Estado, como por ejemplo, la Ley de la Inmoralidad, la cual criminalizaba las relaciones sexuales entre personas de raza negra y de raza blanca; o la Ley de Prohibición a los Matrimonios Mixtos, que proscribía los matrimonios entre personas negras y blancas; (ii) la decisión libre de casarse era merecedora de protección constitucional, al encontrar que la institución del matrimonio es importante y única, y que constituye mucho más que un “*pedazo de papel*”; y (iii) el matrimonio es la única fuente de beneficios socioeconómicos tales como el derecho a heredar, la cobertura de seguros médicos, la adopción, la legitimidad procesal para demandar civilmente la muerte del otro, entre otros.

Refirió que, por otro lado, la Corte también argumentó que el matrimonio se trataba de algo más que de obtener acceso legal a los beneficios socioeconómicos, pues confiere beneficios intangibles para las parejas que lo conforman; además le permite a las personas celebrar su compromiso en un evento público, así como conmemorar el mismo a lo largo de sus vidas. Asimismo, el tribunal adujo que negar a las parejas del mismo sexo la elección de casarse, “*sería negar su derecho a la autodefinición en el sentido más profundo (...) el mensaje es que a los gays y a las lesbianas les falta la humanidad inherente para tener familias y vidas de familia en esas relaciones del mismo sexo que también son respetables y protegibles*”.

Aseguró que la Corte encontró que la negación del derecho a casarse para las parejas del mismo sexo constituía una hiriente, cruel y seria invasión de la dignidad de los homosexuales.

Concluyó su intervención señalando que la Corte encontró que los derechos que otorga la institución del matrimonio y su régimen existente, tanto en sus consecuencias prácticas, como legales y simbólicas, deben



extenderse a las parejas del mismo sexo, por lo que le ordenó al legislador Sudafricano resolver el problema.

## **5. Grupo de Inversiones Suramericana S.A.**

Mediante apoderado judicial, la aseguradora intervino con el propósito de apoyar la aplicación del matrimonio civil para parejas del mismo sexo, toda vez que ello permite imprimir mayor capacidad y potencial para la competitividad del mercado.

Manifestó que el problema de ineficacia jurídica de los derechos de las parejas del mismo sexo impone una carga innecesaria e injustificada de inseguridad jurídica a la interviniente para realizar negocios en el país. Esto, por cuanto es forzada a establecer esquemas diferenciales para garantizar la protección y oportunidades iguales a trabajadores miembros de la población LGBTI o incluso participar en acciones judiciales, creando confusión y tensión que finalmente causan una disminución en el ánimo y moral de los trabajadores y cargas transaccionales a cargo de los empleadores.

Expuso que en este momento no existe un marco jurídico claro, operante y de obligatoria observancia por todas las personas, respecto de los derechos igualitarios de las parejas del mismo sexo, a pesar de lo señalado en las sentencias C-029 de 2009 y C-577 de 2011. De esta forma, indicó que la aplicación extensiva de derechos a las parejas homosexuales está supeditada a interpretaciones por parte de funcionarios y personas, ocasionando discusiones jurídicas en las que se corre el riesgo de que esos derechos sean negados. Agregó que esta incertidumbre jurídica, además de conllevar tiempo y costos administrativos innecesarios para comprenderla, causa daños en las relaciones empleador-empleado.

Concluyó que la Corte Constitucional debe tomar las medidas necesarias para que las familias homosexuales sean tratadas de manera idéntica a sus equivalentes heterosexuales, poniendo de esta manera, fin a una violación sistemática de derechos constitucionales y humanos, e implementando jurídicamente las posturas, valores y voluntades corporativos de compañías como la interviniente.

## **6. Sociedades y oficinas de abogados**

Por intermedio de Santiago Gutiérrez Borda, las sociedades Lloreda Camacho & Co, Contexto Legal S.A., Macías Gómez y Asociados Abogados, Baker & Mckenzie S.A.S., Durán & Osorio Abogados Asociados, Godoy & Hoyos Abogados S.A.S., Correa Merino & Co. Abogados, Brigard & Urrutia Abogados S.A.S., Duarte García Abogados S.A.S. y Cavelier Abogados presentaron escrito de intervención conforme al Auto del 1º de abril de 2014.

Hicieron referencia al interés de las empresas para intervenir. Señalaron que son empleadores que comparten principios y valores organizacionales para tener un ambiente de trabajo diverso e inclusivo que atraiga y mantenga en la fuerza de trabajo personas talentosas. Manifestaron que el problema de ineficacia jurídica de los derechos de las parejas del mismo sexo impone una carga innecesaria e injustificada de inseguridad jurídica a los intervinientes para realizar negocios en Colombia. Lo anterior, por cuanto son forzados a establecer esquemas diferenciales para garantizar la protección y oportunidades iguales a trabajadores miembros de la población LGBTI o incluso participar en acciones judiciales, creando confusión y tensión que finalmente causan una disminución en el ánimo y moral de los trabajadores y cargas transaccionales a cargo de los empleadores.

Expusieron que como empleadores dentro de una economía globalizada, es fundamental atraer, contratar y mantener en las fuerzas de trabajo el mejor personal disponible, con independencia de su género, orientación sexual, origen familiar, raza, etc. Agregaron que en este momento no existe un marco jurídico claro, operante y de obligatoria observancia por todas las personas, respecto de los derechos igualitarios de las parejas del mismo sexo, a pesar de lo señalado en las sentencias C-029 de 2009 y C-577 de 2011. Indicaron que, en consecuencia, la aplicación extensiva de derechos a las parejas homosexuales está supeditada a interpretaciones por parte de funcionarios y personas, ocasionando discusiones jurídicas en las que se corre el riesgo de que esos derechos sean negados. Esta incertidumbre jurídica, además de conllevar tiempo y costos administrativos innecesarios para comprenderla, causa daños en las relaciones empleador-empleado.

## **B. Intervenciones en contra del amparo de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo**

### **1. Ryan T. Anderson**

El ciudadano Ryan T. Anderson solicitó que se preserve la institución del matrimonio como una unión permanente y exclusiva entre un hombre y una mujer. Para estos efectos, dividió su intervención en tres puntos: en primer lugar, el concepto de lo que es el matrimonio; en segundo lugar, argumentos de por qué la definición de la institución del matrimonio es importante para las políticas públicas; y, en tercer lugar, las consecuencias de redefinir el concepto de matrimonio.

Sobre la pregunta ¿qué es matrimonio?, explicó que consiste en la unión entre un hombre y una mujer, como esposo y esposa, para que sean padre y madre de los hijos que produzca esta unión. Sostuvo que esta definición se encuentra basada: (i) en una realidad biológica, conforme a la cual el hombre y la mujer son distintos y se complementan; (ii) en el hecho antropológico que a través de la evolución se estructuró biológicamente la reproducción como un fenómeno que requiere de un hombre y una mujer; y (iii) en la realidad social, conforme a la cual, los niños necesitan de un padre y una madre.

Adujo que la cuestión cultural y jurídica se reduce a determinar si el padre estará cerca de su hijo, así como saber por cuánto tiempo lo hará. De esta manera, señaló que el matrimonio es una institución que se ha desarrollado para maximizar la probabilidad en la solidez del compromiso que adquiere el padre con la mujer, así como imprimir en ambos la responsabilidad de cuidar a sus hijos. En este sentido, indicó que el hombre y la mujer aportan diferentes aspectos a la crianza de los niños, pues la diferenciación de géneros es un punto imprescindible en la *“empresa de crianza”*.

Frente al punto de por qué la definición de la institución del matrimonio es importante para las políticas públicas, citó al Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Barack Obama, quien expresó:

“De conformidad con las estadísticas, los niños que crecen sin un padre tienen cinco veces más probabilidades de vivir en pobreza y de cometer crímenes, nueve veces más probabilidades de dejar la escuela, y veinte

veces más probabilidades de acabar en prisión, es más probable que tengan problemas de comportamiento, que huyan de sus casas o de que se conviertan en padres adolescentes, y las bases de nuestra comunidad serán más débiles a causa de esto”.

Sostuvo que el Presidente Obama se encuentra en lo correcto, ya que existe evidencia social y científica que demuestra cómo desde hace cincuenta años el concepto de familia se ha venido colapsando, por ello en la actualidad es posible observar una gran cantidad de niños obligados a crecer sin una familia y destinados a sufrir consecuencias muy graves para ellos, así como para la sociedad en general.

Señaló que el interés del Estado en el matrimonio no tiene relación con la vida romántica o amorosa de las parejas, sino que busca asegurar que los niños tengan padres involucrados en su vida para garantizar una sociedad estable. Por esta razón, resalta la importancia social que surge por definir una institución matrimonial correcta por parte del Estado, para de esta forma asegurar que los hombres y las mujeres se comprometan entre ellos, como así también que tomen responsabilidad por sus hijos.

Por otro lado, afirmó que no es necesario redefinir la institución del matrimonio para garantizarle a todas las personas los derechos patrimoniales, de herencia y demás garantías que devienen de dicha institución, pues los mismos pueden ser obtenidos a través de otras vías.

Explicó cuáles son las consecuencias de redefinir el concepto de matrimonio. Sobre el particular, ilustró como en la actualidad existe una necesidad de orientar la institución del matrimonio hacia las necesidades de los niños, en lugar de orientarla hacia los deseos de los adultos. Así las cosas, sostuvo que la redefinición del concepto de matrimonio trae como consecuencia tres problemáticas:

Indicó que en la actualidad uno de los inconvenientes sociales más grandes se materializa en la ausencia de los padres, por ello *¿cómo puede insistirse en que los padres son esenciales si la ley redefine el matrimonio para volver a los padres opcionales?* Por esta razón, considera que al redefinir el matrimonio, va a hacer más difícil mantener a los padres en sus hogares.

Manifestó que al redefinir el matrimonio se daría lugar a otras opciones u elementos que lo continuarían desnaturalizando. De esta forma, se preguntó *¿cómo se van a mantener los otros elementos característicos de ésta figura: la monogamia y la permanencia?*

Afirmó que se afectará también la libertad religiosa. Para explicar este efecto, ilustró la problemática actual que viven diversos Estados federados con la negación por parte de las agencias de adopción cristianas, católicas y evangélicas de entregar niños huérfanos a parejas del mismo sexo, al considerar que esto atenta contra su conciencia y contra su moral. Además, describió que las jurisdicciones de los distintos Estados que se han visto sumergidos en esta problemática, han resuelto obligar a las agencias de adopción referidas a entregar a los niños a parejas del mismo sexo, vulnerando así su derecho a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa.

## **2. Ciudadano Hernán Corral Talciani**

El ciudadano Hernán Corral Talciani presentó intervención con el propósito de dar respuesta a las preguntas planteadas por esta Corporación dentro del cuestionario expuesto para el desarrollo de la audiencia pública. Sobre el particular, expuso sus argumentos de la siguiente forma:

Precisó que, al no dominar el derecho constitucional y civil colombiano, sus consideraciones se basan en las nociones generales del derecho civil y derecho Internacional de los derechos Humanos, por lo cual, limita sus respuestas a las preguntas 1 y 2, aunque invirtió el orden teniendo en cuenta que consideran que la segunda depende de lo que se conteste en la primera. En este sentido, sobre la pregunta: *¿Tienen los miembros de una pareja del mismo sexo el derecho de contraer un matrimonio civil?* Explicó que cuando se habla del derecho a contraer matrimonio civil de quienes integran las parejas del mismo sexo, se alude a un clase de matrimonio que se contraiga entre los miembros de la pareja, de manera que, “[n]o hay duda que los componentes de una pareja del mismo sexo no están imposibilitados por ese hecho para contraer matrimonio con terceros que sean del sexo opuesto al suyo”.

Sostuvo que la pregunta podría reformularse del siguiente modo: *¿Tienen las personas naturales el derecho de contraer matrimonio con otra de su*

*mismo sexo?* Sobre el particular, explicó que para responder este interrogante, es necesario aclarar qué se entiende por matrimonio, pues, una vez definido el término, podrá determinarse con precisión si las personas tienen derecho al mismo y bajo qué condiciones. En este sentido, expuso que dicho concepto “*deberá derivarse de las funciones que la referida institución cumple en el orden social y las razones por las cuales es objeto de un estatuto jurídico especial tanto de derechos como de deberes y obligaciones*”.

Sobre la complementariedad sexual y la potencia procreativa del matrimonio, argumentó que la razón fundamental y esencial que otorga al matrimonio civil un status jurídicos institucional, se encuentra justamente en el carácter complementario que reviste la unión entre un hombre y una mujer, a través de la cual, “*de manera pública y permanente, se produce la transmisión de la vida y de la cultura humana. Es lo que se ha dado en llamar la ‘orientación a los hijos’ lo que explica que el matrimonio sea una relación no sólo privada sino de carácter público e institucional*”.

En relación con el argumento concerniente a los matrimonios infértiles, indicó que existe una diferencia esencial entre la pareja heterosexual – incluso infértil- y la pareja homosexual. Sobre el particular, explicó que esta diferencia radica en que solamente la primera de ellas puede realizar el acto calificado como *Cópula Conyugal*, que consiste en la penetración pene-vaginal, y que a su vez es el único acto que tiene potencia generativa o procreadora, pero que también permite a las parejas de sexo opuesto realizarlo sin ánimo reproductivo. De esta forma, aseguró que, a pesar del marido y la mujer no llegar a tener hijos, ello no les obstruye cumplir “*con la vocación procreativa al realizar actos que son naturalmente adecuados para la concepción de un hijo, aunque este, por una patología o anormalidad, no llegue a concebirse*”.

Aclaró que las parejas del mismo sexo se encuentran inhabilitadas para realizar el acto natural de *Cópula Pene-Vaginal*, propia y esencial del matrimonio. Asimismo, indicó que otro tipo de interacciones o contactos sexuales no son concebidos como actos reproductivos, ni siquiera de manera potencial, ya que además, “*en verdad, tampoco realizan la unión corporal que se logra (incluso anatómicamente) en el coito conyugal*”.

(14)

Así también, expuso que, además, al derecho le asiste la razón cuando no niega el derecho al matrimonio de las parejas infértiles, pues realizar un diagnóstico certero y definitivo de esa infertilidad resulta una labor demasiado compleja. De esta forma, expuso que son incontables los casos de matrimonios que, luego de años en búsqueda de la procreación y después de haberse decidido a adoptar un niño, han terminado engendrando hijos biológicos. Agregó que la misma incertidumbre se da en los matrimonios celebrados *“en artículo de muerte”*.

Sobre el matrimonio en el Código Civil y la Constitución Política de Colombia, indicó que, como observador externo, puede inferir que notoriamente se observa el matrimonio como la fórmula clásica que fue redactada por Andrés Bello, la cual se aproxima a la misma concepción chilena. Adujo que de esta definición se destaca que el matrimonio es una unidad con el fin, no sólo de vida en común, sino de auxilio y procreación. Igualmente, expresó que en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, el concepto de matrimonio tiene respaldo en el artículo 17.2 de dicha convención, así como también en su número 5º, donde habla de los hijos nacidos dentro del matrimonio, lo cual justifica la exigencia de la heterosexualidad de la unión conyugal.

Sobre la discriminación por orientación sexual, sostuvo que un nuevo concepto de matrimonio significaría asimilarlo *“a una mera certificación oficial de la afectividad entre dos personas que hacen vida en común”*. Sobre este punto, afirmó que si la institución del matrimonio se redujera a ese trámite, seguramente se presentaría exclusión negativa al exigir que fuera solamente entre un hombre y una mujer; no obstante, dicha exigencia es justificada y por ende no existe discriminación, además, por cuanto a la comunidad matrimonial le ha sido encargada la misión de unirse sexualmente, engendrar y criar hijos. Por lo tanto, aseguró que si el propósito del matrimonio es construir una comunidad familiar que sirva de núcleo fundamental de la sociedad, a través del cual se produzca la generación y socialización de nuevos individuos, entonces, la heterosexualidad no sólo es justa, sino *“indispensable”*.

## **C. Institución que presenta una situación jurídica**

### **1. Registraduría Nacional del Estado Civil**

La Registraduría Nacional del Estado Civil, por intermedio de la Directora Nacional de Registro Civil, intervino en el proceso de la referencia y desarrolló las siguientes ideas centrales: la primera de ellas relacionada con el concepto de matrimonio según el ordenamiento jurídico vigente; en segundo lugar, profirió respuesta a cada uno de los interrogantes planteados por la Corte Constitucional, relacionados con los efectos que produce el “*vínculo contractual*” que autoriza la sentencia C-577 de 2011 en el estado civil de los contratantes.

Señaló que el matrimonio es una institución social que crea un vínculo conyugal entre un hombre y una mujer, tal y como lo determina la Constitución y la ley, por cuanto reconoce como tal, la unión de un hombre y una mujer abiertos a tener hijos con plena protección a la familia y a los derechos patrimoniales que se establecen entre los cónyuges, efectos que igualmente son regulados por la ley, concretamente conforme a lo establecido por los artículos 5 y 42 de las Constitución en concordancia con el artículo 113 del Código Civil.

Respondió los interrogantes remitidos por esta Corporación en los siguientes términos:

*“¿Cuál será el estado civil de las personas que celebren el contrato que autoriza la sentencia C-577 de 2011?”*

Manifestó que el estado civil de las personas del mismo sexo, que a partir del 20 de junio de 2013 acudan ante Notario o Juez a formalizar y solemnizar su vínculo contractual de conformidad con la Sentencia mencionada, será el último que se registre o que aparezca en el Registro del Estado Civil, toda vez que el acto que modifica el estado civil o el estatus (SIC) de soltero a casado es el acto jurídico del matrimonio civil o religioso celebrado entre un hombre y una mujer, en virtud del precepto constitucional establecido en el artículo 5 y 42 en concordancia con el artículo 113 del Código Civil.



Resaltó que el estado civil es la situación jurídica de la persona frente al Estado, la familia y la sociedad, tal y como lo indica el artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 y que el registro civil es el único documento público que legalmente prueba el estado civil de una persona ante su familia, la sociedad y el Estado. A partir de la inscripción de los hechos y actos jurídicos en el registro civil a cargo del Estado, se demuestra la situación jurídica que tiene la persona frente a la sociedad en orden a sus relaciones de familia, de la cual derivan sus derechos y obligaciones desde su nacimiento hasta su muerte, conforme a lo estipulado en el Decreto Ley 1260 de 1970, artículos 1, 5 y 107.

Agregó que según el artículo 22 ibídem, los hechos, actos y providencias judiciales o administrativas relacionadas con el estado civil y la capacidad de las personas, distintos de los nacimientos, los matrimonios y las defunciones, deberán inscribirse en el registro del estado civil, por lo tanto el acto jurídico del matrimonio se inscribirá en el registro civil de matrimonio y lo atinente a sus efectos personales y patrimoniales, deberán anotarse tanto en el folio del registro de matrimonios, como en el registro de nacimiento de los cónyuges.

Indicó que el matrimonio podrá inscribirse según el artículo 68 de la misma disposición legal, a solicitud de cualquier persona, acto jurídico que debe acreditarse con copia fidedigna de la respectiva acta de partida parroquial en cuanto a matrimonios católicos, o de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes en el caso de los matrimonios civiles.

*“Para la Registraduría Nacional del Estado Civil ¿El contrato que celebren las parejas del mismo sexo en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 577 de 2011 modifica el estado civil de los contratantes?”*

Indicó que el Congreso de la República no ha legislado ni se ha pronunciado sobre la reglamentación de la unión entre parejas del mismo sexo, así como tampoco las ha elevado ni asimilado a la categoría del vínculo matrimonial, en observancia al principio de legalidad o primacía de la ley que determina la seguridad jurídica que rige las relaciones en torno al Estado, la sociedad y la familia, el contrato celebrado entre estas

en la forma señalada por la Corte Constitucional no modifica el estado civil, en tanto no existe disposición legal que así lo ordene.

*“De llegar a ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior ¿Cómo deberá anotarse o consignarse el contrato que celebren las parejas del mismo sexo en virtud de la sentencia C-577 de 2011 en el registro civil de nacimiento de los contratantes (es decir bajo que apelativos)?”*

Señaló que como no se afecta el estado civil de las personas, no se hace ninguna inscripción o anotación en el registro civil de nacimiento, toda vez que no se trata de una actuación jurídica sujeta a registro; lo anterior, fundado en el artículo 5 del decreto 1260 de 1970.

Consideró que como el Congreso de la República no legisló sobre las uniones del mismo sexo, no hay ley ni órgano democrático constitucionalmente facultado para adoptar este tipo de decisión, tal y como lo señaló la Corte en la citada sentencia C-577 de 2011.

Finalizó expresando que, como se desprende de la Sentencia, sus órdenes de la misma se concretan en asignar competencia a los Notarios o Jueces para formalizar y solemnizar la unión de parejas del mismo sexo, sin que con ello exista acto a ser objeto de registro civil ante los funcionarios que tienen asignada la función de registro.