

La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia**

The Judgment C-557 of 2011 and the same-sex couple marriage

SUMARIO

Introducción. 1. Contenido de la sentencia. 2. Contexto y finalidad de la sentencia. 3. La interpretación constitucional de la orden proferida en la sentencia C-577 de 2011: autorizar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo. Conclusión.

RESUMEN

El presente artículo ofrece razones jurídicas para considerar que la forma más razonable y constitucional de darle cumplimiento a la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional en lo referente a la formalización y solemnización del vínculo marital entre parejas del mismo sexo, es mediante el contrato de matrimonio civil.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio igualitario, matrimonio gay, parejas del mismo sexo.

ABSTRACT

This article provides legal reasons to believe that the most reasonable and give constitutional effect to the Judgment C-577 of 2011 of the Constitutional Court regarding the formalization and solemnization of marriage bond between same-sex couples, is by civil marriage contract.

* Abogado y máster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de Colombia Diversa y docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [manuel.paez@uexternado.edu.co].

** Fecha de recepción: 25 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2013. Para citar el artículo: Páez Ramírez, M. "La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia", *Revista Derecho del Estado*, N° 13, 2013, pp. 231-257.

KEYWORDS

Gay marriage, same-sex couples.

INTRODUCCIÓN

Desde el 20 de junio de 2013 las parejas del mismo sexo pueden formalizar su vínculo marital ante un notario o juez de la República, según lo decidió la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011^[1]. Con el fin de unificar criterios jurídicos sobre el sentido y el alcance de aquella decisión, en este artículo se argumentará que la interpretación correcta a la luz de la Constitución es que las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonios civiles.

Con este propósito, en primer lugar se describirá brevemente el contenido de la sentencia bajo estudio, para luego, en segundo lugar, recordar el contexto y la finalidad con la cual se emitió, de forma que ambos elementos contribuyan a dilucidar el significado de su parte resolutive. En tercer lugar, a partir de una interpretación sistemática y finalista de la sentencia y teniendo en cuenta el carácter de orden público que ostenta el régimen legal de la familia en Colombia, se demostrará que el vínculo contractual autorizado en la misma es el matrimonio civil. Con tal fin se expondrá la imposibilidad jurídica de regular mediante contratos innominados y atípicos la institución familiar, así como la falta de aptitud de esta clase de contratos para superar formal y materialmente el déficit de protección que enfrentan las parejas del mismo sexo en la actualidad. Por último, se recordará la falta de competencia del Gobierno Nacional para reglamentar la sentencia objeto de estudio.

1 El presente documento es el resultado de un trabajo colectivo que contó con el apoyo de numerosas personas comprometidas con el derecho al matrimonio igualitario en Colombia. Agradezco las valiosas observaciones, correcciones y sugerencias de las y los integrantes del Comité Legal de Colombia Diversa, en especial, LINA CÉSPEDES y MAURICIO ALBARRACÍN. De igual forma, a LAURA VARGAS MORA, pasante de Colombia Diversa, su apoyo en la investigación jurisprudencial, y a VALERIA SILVA, asistente de investigación del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, por participar en la construcción de los argumentos y la revisión de la doctrina citada. Por último, a mis compañeras y compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia por leerlo y compartir conmigo sus opiniones, y a Diana Esther Guzmán, investigadora de DeJusticia, por su minuciosa revisión final. Una versión previa de este escrito fue publicada en el boletín virtual *Correo Judicial*, de la Universidad de los Andes, n° 33, junio de 2013.

Punto resolutive n° 5 de la sentencia C-577 de 2011: “Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

1. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Los aspectos más relevantes de la sentencia C-577 de 2011 consisten, por un lado, en el reconocimiento explícito de las parejas del mismo sexo como un tipo de familia amparado por el ordenamiento jurídico colombiano y, por otro, en la identificación de un déficit de protección jurídica en su contra.

Para arribar a la primera conclusión, la Corte Constitucional estudió el concepto de familia protegida jurisprudencialmente, analizó su precedente en materia de parejas del mismo sexo y abordó la relación entre aquellas y la institución familiar.

Hasta el momento la Corte no se había preguntado si dichas parejas conformaban una familia, por lo cual procedió a indagar si en su interior confluían los elementos necesarios para su configuración, teniendo en cuenta que “el concepto general de familia” se funda “en el amor, el respeto, y la solidaridad” y, a la vez, se la caracteriza ‘por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos’^{2,3}.

La Corte encontró que a las parejas del mismo sexo, al igual que las parejas de sexo diferente, también les asiste la voluntad de conformar un proyecto de vida común, bajo la forma de uniones estables y singulares, con la correspondiente asunción de deberes morales y recíprocos de apoyo mutuo, asistencia material y afecto. Por esta razón la Corte concluye:

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

El anterior reconocimiento llevó a la Corte a aclarar la interpretación tradicional del artículo 42 CP, según la cual solo son familias objeto de protección jurídica las compuestas por individuos de diferente sexo, y a considerar cuanto sigue:

La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia [...] las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “voluntad respon-

2 Cfr. sentencia C-271 de 2003.

3 Sentencia C-577 de 2011.

sable de conformarla” también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales.

De esta forma, la voluntad responsable de conformar una familia se convierte entonces en condición suficiente para darle origen a la misma y así merecer la protección del ordenamiento jurídico.

Ante este panorama, la Corte establece que las parejas del mismo sexo son familias y merecen reconocimiento constitucional. Por consiguiente, si estas familias son titulares de la misma dignidad⁴ y requieren de la misma protección legal no existe justificación para que solo puedan conformarse “por vínculos naturales”, acudiendo a la figura de la unión marital de hecho, o, en otros términos, para que se las excluya de la protección jurídica derivada del contrato matrimonial.

En efecto, hasta ese momento la única alternativa jurídica disponible para estas parejas era constituirse como uniones de hecho, con el fin de acceder a ciertos derechos con marcado acento patrimonial. Sin embargo la Corte encontró que “la unión marital de hecho [...], como alternativa al alcance de los homosexuales, es insuficiente tratándose de la constitución de la familia conformada por parejas del mismo sexo, pues no les provee del marco de protección propio de un vínculo jurídico que les permita formalizar su unión y asumir voluntariamente un compromiso mayor que el derivado de un vínculo natural”⁵. En vista de lo anterior, declaró la existencia de un “déficit de protección legal”⁶ que deberá remediarse a partir del 20 de junio de 2013:

La unión marital de hecho con que cuentan las parejas del mismo sexo es alternativa disponible pero insuficiente cuando se trata de la constitución de la familia conformada por la pareja homosexual, porque su previsión como único mecanismo para dar lugar a esa clase de familia implica un déficit de protección que ha sido puesto de manifiesto por los actores, con argumentos que la Corte comparte, y

4 La Corte sustenta la igualdad entre parejas desde el punto de vista de las necesidades de protección jurídica. Así, las parejas del mismo sexo tienen iguales necesidades de protección en el ámbito familiar que las de sexo diferente, pues enfrentan las mismas situaciones cotidianas que ponen en riesgo o afectan sus derechos fundamentales y, con ello, su estabilidad y permanencia a largo plazo. El proyecto de vida común en ambas clases de familias puede colapsar por inconvenientes relacionados con el incumplimiento de los deberes de asistencia y auxilio mutuo, la falta de acceso a bienes y servicios esenciales, el manejo inadecuado del patrimonio común o, entre otros factores, el irrespeto físico y verbal entre los integrantes. Estas y muchas otras situaciones colocan a las parejas del mismo sexo en un plano de igualdad con respecto a las de sexo diferente, pues ambas clases de familias demandan igual tutela estatal en aras de conservar su unidad y alcanzar los objetivos comunes que dan sentido a su existencia.

5 Sentencia C-577 de 2011.

6 La Corte Constitucional señala en la sentencia C-577 que tal déficit de protección se configura por la “ausencia de previsión legal para aplicación de ventajas o beneficios a parejas del mismo sexo” en condiciones de igualdad con las parejas de sexo diferente.

también por el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por ende, de la autonomía y la autodeterminación personal⁷.

A partir de allí, reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a disponer de una figura contractual, solemne y formal, que les permita acceder a un régimen legal de protección familiar, en iguales condiciones que las parejas de sexo diferente. En consecuencia, exhortó al Congreso de la República a superar el déficit identificado dentro de un plazo equivalente a dos legislaturas, tras considerar ilegítimo mantener en suspenso indefinidamente el goce efectivo de su derecho fundamental a conformar una familia a través de un acuerdo contractual⁸.

Como advertencia final, la Corte aclaró que mientras su exhorto al Congreso se funda en el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, la orden proferida a los notarios y jueces de la República es imperativa y deberá cumplirse a partir de la fecha indicada:

[T]ratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha decidido y de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos *erga omnes* y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

En suma, la Corte Constitucional ratificó el carácter de “núcleo esencial de la sociedad” que poseen las parejas del mismo sexo en tanto conforman un tipo de familia protegido por el ordenamiento jurídico nacional. Así mismo, dispuso de un plazo razonable para que el Congreso eliminara el déficit de protección que las aqueja por carecer de una vía contractual para formalizar su relación sentimental y, de forma perentoria, les ordenó a jueces y notarios

7 Sentencia C-577 de 2011.

8 Al respecto, el alto tribunal señala: “a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda [...] la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión”.

de la República “formalizar y solemnizar su vínculo contractual” a partir del 20 de junio del año 2013.

2. CONTEXTO Y FINALIDAD DE LA SENTENCIA

Para comprender el sentido de la sentencia C-577 de 2011 y sus órdenes es necesario reconocer el contexto jurídico en el cual se inscribe. Desde el año 2007 la Corte Constitucional profirió sus primeras decisiones reconociendo derechos a las parejas del mismo sexo, y desde ese momento emprendió un proceso ascendente de ampliación y expansión de sus capacidades y libertades, en cuyo camino la sentencia C-577 de 2011 representa un paso importante hacia la completa reivindicación de la igualdad.

Así, mediante la sentencia C-075 de 2007 la Corte estableció que las parejas del mismo sexo son objeto de protección constitucional de igual forma que las parejas en “unión libre” amparadas por la Ley 54 de 1990. Numerosas sentencias subsiguientes ampliaron este precedente para hacerlo cobijar otras hipótesis de protección jurídica a la vida familiar, entre las cuales se pueden destacar el acceso al sistema de seguridad social en salud (C-811 de 2007); el derecho de sustitución pensional (C-336 de 2008); el derecho y deber de alimentos (C-798 de 2008); la posibilidad de constituir patrimonio de familia inembargable, beneficiarse de diferentes formas de subsidio familiar, figurar como titulares de seguros obligatorios y participar en los programas de reparación de víctimas del conflicto armado, entre otros (C-029 de 2009); el derecho a la porción conyugal (C-283 de 2011) y la posibilidad de heredar (C-238 de 2012).

Estas decisiones anteriores a la sentencia C-577 de 2011 son valiosas pero resultan insuficientes al compararse con el régimen de derechos y deberes personales derivado del contrato matrimonial. En las sentencias previas a la C-577 la protección a las pareja del mismo sexo siempre estuvo circunscrita a la figura de la unión marital de hecho, en cuya presencia solo lograban disfrutar de derechos y deberes con marcado acento patrimonial. Sin embargo, para la Corte este régimen jurídico debía ampliarse para hacerlo comprender también otras dimensiones más personales de la vida en pareja. En sus palabras:

[L]a consideración de estas uniones como familia y la protección constitucional que de ahí se desprende impiden circunscribir el amparo constitucionalmente exigido a unas medidas, por cierto importantes, pero de un claro contenido económico, que distan bastante de agotar los requerimientos de una unión estable y formalizada llamada a constituir familia, sobre todo en lo que hace al ámbito afectivo y emocional que, de acuerdo con lo expuesto, es el común denominador de todas las familias⁹.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011.

En tal contexto, la sentencia C-577 de 2011 reconoce íntegramente la entidad familiar de las parejas del mismo sexo y las hace acreedoras de la misma protección jurídica prevista a favor de las parejas de sexo diferente, superando así aquella visión especialmente enfocada en el aspecto patrimonial que la jurisprudencia anterior había asumido.

Teniendo en cuenta este camino de progresiva ampliación de derechos en el cual se ubica la sentencia C-577 de 2011, es necesario interpretar sus órdenes de manera que se contribuya a lograr dicho objetivo. Al respecto, la Corte ha sostenido que el intérprete tiene “que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística”¹⁰.

De este modo, leída en su contexto y atendiendo a su finalidad, la orden quinta de la sentencia C-577 de 2011 deberá entenderse de manera que amplíe el régimen de protección legal actualmente aplicable a dichas familias.

Con todo, el sentido específico de aquella orden es susceptible de diversas interpretaciones que dificultan su cumplimiento por parte de jueces y notarios. Por tal motivo, a continuación expondremos la hermenéutica que consideramos más razonable y constitucional a la luz de los derechos fundamentales de lesbianas, gays, bisexuales y personas trans y de los principios rectores de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

3. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ORDEN PROFERIDA EN LA SENTENCIA C-577 DE 2011: AUTORIZAR EL MATRIMONIO CIVIL ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Las parejas del mismo sexo tienen derecho al mismo trato que las parejas de diferente sexo. Asignarles un trato jurídico distinto y someter la constitución de sus familias a un contrato civil diferente al matrimonio implica introducir una diferenciación ilegítima a la luz de los derechos fundamentales, los principios rectores del ordenamiento jurídico colombiano y el derecho internacional de los derechos humanos. En concreto, negarles el acceso al contrato civil de matrimonio representa llevar a cabo una distinción basada en cuatro categorías sospechosas de discriminación: el origen familiar, el sexo, la orientación sexual y la identidad de género de las personas.

En primer lugar, el artículo 13 CP prohíbe diferenciar según el origen familiar a efectos de reconocer y proteger los derechos de sus integrantes. En consonancia con esta limitación, la Corte Constitucional ha desmontado progresivamente los privilegios legales establecidos para las familias con origen matrimonial, frente a aquellas que surgen “por vínculos naturales” o por la fuerza de los hechos. Así, en numerosas ocasiones el alto tribunal ha estable-

10 Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 1994.

cido que todos los núcleos familiares tienen igualdad jurídica sin atender a la presencia o no de un determinado convenio jurídico fundacional¹¹.

De igual forma, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹² como la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³ prohíben toda distinción basada en el origen nacional o social, el nacimiento o cualquier otra condición familiar, “que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁴.

En lo pertinente, la sentencia C-577 de 2011 y otras decisiones posteriores reconocen que el artículo 42 CP incluye a las familias conformadas por personas del mismo sexo dentro de su objeto de protección y las consideran titulares de la misma dignidad y los mismos derechos que las parejas de sexo diferente¹⁵. Se infiere de lo anterior que resulta inconstitucional *prima*

11 Así, en la sentencia T-326 de 1993 autorizó la exención del servicio militar al compañero permanente, antes reservada al cónyuge, aplicando el principio de igualdad jurídica que opera entre ambas clases de familia. Al respecto recordó que “si la Constitución equiparó los derechos de la familia, sin parar mientes en su origen [...] no puede la ley, ni mucho menos la Administración, mantener o favorecer diferencias que consagren regímenes discriminatorios, porque ello significa el quebrantamiento ostensible de la Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos”. Consideraciones similares fueron empleadas al momento de retirar del Código Civil las normas que diferenciaban entre hijos legítimos e ilegítimos, en materia de derechos y deberes: “[I]a Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida ‘por vínculos naturales o jurídicos’, es decir, a la que surge de la ‘voluntad responsable de conformarla’ y a la que tiene su origen en el matrimonio. [...] ‘El Estado y la Sociedad garantizan la protección integral de la familia’, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la igualdad de trato. [...] En conclusión: según la Constitución, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio o constituidas al margen de éste” (sentencia C-105 de 1994). En otras decisiones la Corte ha reiterado su precedente sobre la igualdad jurídica entre los diferentes tipos de familias: así, por citar algunos casos, en la sentencia T-553 de 1994, donde concluyó que la pensión de sobrevivientes también procedía entre compañeros permanentes, o en la T-397 de 1997, donde autorizó la inscripción de una compañera permanente como beneficiaria del servicio de salud del Ministerio de Defensa Nacional.

12 Artículo 26.

13 Artículo 1.1.

14 Observación General n° 18 relativa a la no discriminación, citada por la Corte Constitucional en la sentencia T-314 de 2011.

15 Esta postura ha sido reiterada en sentencias como la T-716 de 2011 y la T-717 de 2011 y en el auto 22 de 2013. En la primera providencia sostuvo: “la familia constitucionalmente protegida es aquella que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, al igual que por la simple voluntad de conformarla. En ese sentido, la nota característica de esta institución es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua, en la que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden concurrir o no. Como esas calidades efectivamente se verifican en la pareja del mismo sexo, no existe ninguna razón constitucionalmente relevante para dejar de reconocerlas como familia. Incluso, negar ese carácter es una discriminación injustificada, contraria a los derechos fundamentales de sus integrantes. Se impone, en consecuencia, una conclusión unívoca sobre la materia analizada: *la pareja del mismo sexo, entendida como comunidad de vida estable y singular, es una modalidad de familia constitucionalmente protegida. Por lo tanto*

*facie*¹⁶ conferirles un trato diferente a las familias de parejas del mismo sexo, en lo correspondiente a la posibilidad de acceder al matrimonio como mecanismo para formalizar su existencia y disfrutar de la protección jurídica derivada de esta institución contractual.

En segundo lugar, la restricción legal al contrato de matrimonio se funda en el sexo de los potenciales contrayentes. Mientras las parejas de sexo diferente pueden optar por formalizar su relación familiar a través del vínculo marital, las parejas compuestas por dos hombres o dos mujeres carecen de esa alternativa. Como ocurre con el origen familiar, el sexo es una categoría sospechosa de discriminación de conformidad con el artículo 13 CP, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros tratados internacionales. Por consiguiente, limitar el acceso al matrimonio en razón del sexo de los integrantes de la pareja es una restricción del derecho a conformar una familia por la vía contractual, que carece de justificación constitucional y lesiona gravemente el libre desarrollo de la personalidad de una minoría sujeto de especial protección: lesbianas, gays, bisexuales y personas trans¹⁷.

Adicionalmente, tanto la Corte Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías sospechosas de discriminación¹⁸. En el presente caso, la limitación del matrimonio a parejas de diferente sexo, si bien no menciona expresamente dichas categorías, de forma indirecta las incorpora puesto que impacta negativamente sobre la libertad de elegir con quién celebrar dicho contrato por parte de todas aquellas personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas. Este tipo de diferenciaciones ilegítimas entre

es titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad" (resaltado fuera de texto).

16 La inconstitucionalidad *prima facie* del trato diferente sospechoso de discriminación es una presunción que solo se desvirtúa por medio de un escrutinio judicial estricto dirigido a evaluar si la medida acusada obedece "i) a una finalidad imperiosa, ii) es necesaria para lograr dicha finalidad y iii) es proporcionada, en el sentido de no sacrificar en exceso otros intereses constitucionalmente específicos en aras de promover la finalidad, una justificación rigurosa del trato diferente": Corte Constitucional, sentencia T-909 de 2011. Cfr. también sentencias C-275 de 1999 y C-371 de 2000; C-401 y C-964 de 2003, C-667 de 2006 y C-075 de 2007.

17 Sentencia C-577 de 2011.

18 Así, en la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional señaló que "la diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto [...] [L]a categoría 'orientación sexual' constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación". Igual calificación ha recibido la identidad de género. Cfr. también las sentencias T-314 de 2011, T-152 de 2007 y T-131 de 2006. Por su parte, la Corte Interamericana advirtió en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012) que "la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]", de lo cual dedujo la prohibición de efectuar tratamientos diferenciales a partir de las mismas: Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C n° 239, párr. 91.

parejas con igual dignidad y derechos representa una discriminación indirecta¹⁹ a todas luces inconstitucional y contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En estos términos, tratar de manera diferenciada a las familias compuestas por personas del mismo sexo en comparación con aquellas integradas por individuos de sexo diferente conlleva efectuar una distinción entre sujetos de derecho atendiendo a cuatro criterios sospechosos de discriminación (el origen familiar, el sexo, la orientación sexual y la identidad de género) sin justificación alguna. Esta distinción, como lo reconoce la sentencia C-577 de 2011, impacta de manera negativa en el goce del derecho fundamental a constituir una familia mediante un contrato solemne y compromete el libre desarrollo de la personalidad y, por ende, “la autonomía y la autodeterminación personal”²⁰. Por lo tanto, resulta inconstitucional proporcionarles a las parejas del mismo sexo un contrato civil diferente al matrimonio para que den origen solemne y formal a sus familias. Esta conclusión encuentra respaldo adicional en las siguientes consideraciones.

• *La Constitución Política no prohíbe el matrimonio igualitario*

La Constitución no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, guarda silencio al respecto. El mismo silencio opera frente a la unión marital de hecho y esto no ha sido obstáculo para que en virtud del precedente constitucional las parejas del mismo sexo accedan a esa figura.

Según la sentencia C-577 de 2011, el contenido normativo del artículo 42 CP se dirige en realidad a: 1) *permitir* el matrimonio entre individuos de sexo diferente; 2) *ordenar* que el vínculo contractual que da origen a la familia entre parejas de sexo diferente sea el matrimonio, y 3) *prohibir* la introducción de figuras contractuales alternativas al matrimonio entre dichas parejas o desalentar el acceso al mismo²¹.

19 La discriminación indirecta ocurre “cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades *de facto* entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”: sentencia T-909 de 2011. En igual sentido, cfr. sentencias T-314 de 2011 y T-140 de 2009.

20 Sentencia C-577 de 2011.

21 Sobre el primer objetivo, la Corte sostuvo que el artículo 42 CP permite el matrimonio “entre heterosexuales”, y al hacerlo “expresa el componente de derechos fundamentales ligado a la decisión voluntaria de contraer matrimonio y de constituir una familia por ese medio”. En cuanto al segundo objetivo, indicó 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’, razón por la cual, tratándose de las parejas heterosexuales, el legislador ha de contemplar el matrimonio como único vínculo jurídico al que pueden aspirar los miembros

Como se observa, la Corte de forma expresa aclaró que el matrimonio entre parejas del mismo sexo no está prohibido en Colombia por obra del artículo 42 CP. Por el contrario, el tenor literal de tal artículo contiene reglas especiales en torno al matrimonio entre hombres y mujeres que no le impiden admitir otras modalidades de ese contrato. En tal sentido es importante recordar que las reglas especiales consignadas en el texto superior no imponen automáticamente prohibiciones o limitaciones al ordenamiento jurídico: “Una regla constitucional específica regula positivamente un grupo de hechos y les adscribe una consecuencia, pero no impide que otros hechos, de acuerdo a la discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para asignarles los mismos efectos”²².

Como el artículo 42 CP no contiene una regla exceptiva que prohíba la admisión de matrimonios distintos al heterosexual, sino una regla especial que garantiza el matrimonio a las parejas de diferente sexo, no puede derivarse de este la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo²³. Según la Corte, la interpretación correcta del primer inciso de este artículo es que no puede suprimirse el matrimonio entre hombres y mujeres. Más allá de este límite, son legítimas otras formas de matrimonio, siempre y cuando estas no desconozcan derechos fundamentales.

Al no existir una prohibición constitucional al respecto, podría sostenerse que la orden contenida en el numeral quinto de la sentencia C-577 de 2011^[24]

de esas parejas que voluntariamente decidan formalizar su unión”. Finalmente, según la Corte el artículo 42 CP prohíbe “en el caso de las parejas conformadas por mujer y hombre” que el legislador introduzca “una forma de originar un vínculo jurídico constitutivo de la familia heterosexual distinto del constitucionalmente protegido” o que desaliente el acceso voluntario de las parejas de distinto sexo al matrimonio.

22 Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2001. En esta sentencia se ahonda en la naturaleza de las reglas especiales, ofreciendo un ejemplo que para el caso resulta ilustrativo: “[l]as reglas especiales son comunes dentro de nuestro ordenamiento, y su interpretación debe pasar por un cuidadoso análisis de su naturaleza, para evitar conclusiones irrazonables. Sería un absurdo por ejemplo, sostener que el artículo 81 de la Carta, al establecer que el ‘Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional’, en realidad está prohibiendo que el Estado regule el ingreso o la salida de otro tipo de recursos naturales. En este punto, el Constituyente tampoco creó una regla exceptiva sino un mandato especial, que desarrolla principios constitucionales, como la protección de la biodiversidad. El artículo 81 elevó a rango constitucional la obligación del Estado de regular el ingreso y salida de recursos genéticos, pero ella no excluye que el Legislador, para proteger el medio ambiente y la biodiversidad, pueda establecer otras reglas similares para otros recursos naturales distintos a los recursos genéticos”.

23 En la sentencia C-577 de 2011 la Corte reitera que “una cosa es lo garantizado por el derecho y otra lo jurídicamente posible, de modo que ‘lo constitucionalmente garantizado no agota, pues, lo constitucionalmente admisible’”.

24 “Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

es susceptible de dos interpretaciones, que validarían diferentes formas de adelantar su cumplimiento a partir del 20 de junio de 2013:

- Autorizar la suscripción de acuerdos “innominados” y atípicos entre personas del mismo sexo, o
- Autorizar la celebración de matrimonios civiles entre aquellas personas, atendiendo a las ritualidades previstas en el Código Civil para su perfeccionamiento.

Consideramos que el vínculo contractual al cual hace alusión la orden quinta de la sentencia C-577 de 2011 es el matrimonio civil, y que tal nombre deberán llevar los acuerdos de voluntades celebrados por jueces y notarios a partir de la fecha indicada²⁵.

De igual forma, rechazamos la primera interpretación en cuanto a que no es constitucionalmente admisible autorizar contratos innominados y atípicos en Colombia encaminados a dar origen a una familia. Por consiguiente, la segunda interpretación es más coherente con los derechos y principios de la Constitución Política. Las siguientes razones apoyan esta conclusión.

- *Entre dos interpretaciones posibles de una norma jurídica, debe acogerse aquella que garantice mejor los derechos de sus destinatarios*

Defender la primera interpretación expuesta de la orden quinta, según la cual la Corte autorizó la suscripción de acuerdos innominados y atípicos diferentes al matrimonio a partir del 20 de junio de 2013, representa adelantar una interpretación inconstitucional de la sentencia C-577 de 2011. Dicha hermenéutica pugna con los argumentos y propósitos centrales del fallo: superar un déficit de protección familiar y reconocer la igualdad dignidad de las parejas del mismo sexo, como se demostrará más adelante. Además, desconoce que la Corte rechazó expresamente las figuras jurídicas alternativas al matrimonio como forma de superar el déficit de protección identificado, e introduce un criterio de distinción entre familias, según su “origen” contractual, carente de justificación y por tanto discriminatorio.

Así las cosas, la primera interpretación de la orden quinta vertida en la sentencia C-577 de 2011 debe rechazarse, teniendo en cuenta el principio “*pro persona*” o de favorabilidad, “cuyo contenido obliga a que siempre, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera

25 Los magistrados de la Corte Constitucional que aclararon el voto a la sentencia C-577 de 2011 también llegaron a esta conclusión al sostener que el sentido prescriptivo de la orden quinta “es que los jueces y los notarios deben celebrar un contrato aplicando análogamente las reglas legales contempladas para el matrimonio de parejas de personas de distinto sexo, si el Congreso de la República no corrige el déficit de protección antes de la fecha fijada (junio de 2013)”. Además, indicaron que “esta respuesta, que es la correcta, está en la propia sentencia”.

aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”²⁶.

Entonces, si la sentencia C-577 de 2011 reconoció un derecho fundamental a las parejas del mismo sexo, relativo a la posibilidad de constituir una familia bajo el mismo régimen y con las mismas garantías que las propias del matrimonio civil, su parte resolutive debe favorecer su goce y ejercicio, nunca restringirlo o emplearlo con fines distintos a los perseguidos con su reconocimiento. La cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos le impone al intérprete preferir siempre la hermenéutica “más favorable al goce de los derechos”²⁷, la cual, en el caso bajo estudio, coincide con la garantía de plena igualdad entre sujetos, es decir, aquella que autoriza la posibilidad de celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo²⁸.

• *La Corte Constitucional descartó la posibilidad de crear un contrato civil alternativo al matrimonio para las parejas del mismo sexo*

En la sentencia C-577 de 2011 quedó constancia de que la Corte Constitucional no buscó crear un vínculo contractual especial para las parejas del mismo sexo. En efecto, la ponencia inicial de la sentencia, elaborada por el magistrado GABRIEL MENDOZA MARTELO, disponía la creación de una unión civil o registrada como el contrato privado a través del cual las parejas del mismo sexo podían constituir formalmente un vínculo familiar. Sin embargo, dicha proposición

26 Corte Constitucional, sentencia T-085 de 2012. El principio *pro persona* o *pro homine* es un “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”: Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006. Este principio también está reconocido expresamente en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

27 Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1997. En igual sentido, sentencias C-551 de 2003, T-116 de 2004 y C-187 de 2006, entre muchas otras.

28 El derecho a constituir una familia por medios formales no solo consta en el artículo 42 CP colombiana según la Corte Constitucional (al respecto indicó que “las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho –a la que pueden acogerse si así les place–, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales), sino también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 16 establece que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

no fue aceptada por la mayoría de la corporación, de lo cual es posible deducir que la Corte evitó crear figuras legales especiales o alternativas, con aptitud para perpetuar el trato diferente e injustificado que el ordenamiento nacional le ha brindado a las parejas del mismo sexo.

Al respecto, el magistrado MENDOZA declaró lo siguiente en la aclaración de voto a la sentencia:

[L]a ponencia original señalaba que en el ordenamiento jurídico hacía falta una institución distinta de la unión de hecho que les permitiera a las parejas conformadas por personas del mismo sexo “optar entre una constitución de su familia con un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituir la como una unión de hecho” y concluía que “*en el derecho comparado la figura que más se adapta al comentado propósito es la de la unión civil o registrada, diferente del matrimonio y, a la vez, de la unión de hecho*”, por lo cual se proponía incorporarla [...]

Sentada esta premisa [...] *en la parte resolutive se proponía exhortar “al Congreso de la República para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre la unión civil o registrada de parejas del mismo sexo”* [reslatado fuera de texto].

Sin embargo, la versión definitiva de la sentencia, aprobada por el alto tribunal, rechazó la posibilidad de crear un contrato civil diferente al matrimonio para superar el déficit de protección de las parejas del mismo sexo. En su lugar, la Corte les reconoció a las parejas del mismo sexo la igual dignidad que ostentan sus familias y, por consiguiente, le ordenó al Congreso de la República legislar de forma tal que estas accedieran a los mismos derechos y garantías previstos en el contrato matrimonial, con la salvedad de que, de no hacerlo, dichos derechos y garantías entrarían en vigor con carácter *erga omnes* el día 20 de junio de 2013.

• *El matrimonio es el único contrato civil que da origen a una familia en Colombia*

La sentencia C-577 de 2011 autoriza la realización de “contratos solemnes y formales” entre parejas del mismo sexo, con el fin de que puedan constituir sus familias y acceder a la protección legal dispuesta para ese tipo de organización social. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico solo el contrato civil de matrimonio tiene por objeto la constitución de una familia²⁹, por lo

29 En el derecho civil colombiano únicamente existe el contrato de matrimonio para dar origen formal a la familia y regular los derechos y deberes de sus integrantes. Así, en la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional indica que el matrimonio constituye “en familia a la pareja que, con esa finalidad, manifiesta libremente su consentimiento”. De igual forma, LUIS

cual los notarios y jueces a partir del 20 de junio de 2013 solo podrán celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo.

Al respecto, es necesario recordar que las normas encargadas de regular la institución familiar son de orden público³⁰. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, “como la familia es el núcleo de la estructura social, y su protección es una de las funciones esenciales del Estado, el ordenamiento jurídico no deja en manos de los particulares el gobierno arbitrario de esas relaciones de familia, sino que establece deberes y derechos a través de normas de orden público que propenden, precisamente, por hacer que el matrimonio cumpla las expectativas que en él se fincan”³¹. Haciendo eco de la doctrina nacional, la Corte Suprema aclara que las relaciones de familia presentes en el contrato de matrimonio se despliegan en dos tipos de efectos:

[P]ersonales y patrimoniales. Los personales se refieren a las personas de los cónyuges y a las mutuas obligaciones y derechos que entre ellos se establecen [...] [L]os derechos y deberes que origina en forma inmediata todo matrimonio se caracterizan, en primer lugar, por ser esencialmente de orden público; en segundo lugar, porque no encuentran su fin en sí mismos sino en la realización de las altas finalidades del matrimonio; y en último lugar, porque se encuentran presididos por la total igualdad entre los cónyuges en sus relaciones personales y en las que se establecen con sus hijos.

Todos los derechos y obligaciones de orden personal entre cónyuges, forman parte del orden público familiar; de suerte que los cónyuges no pueden renunciar a ellos dentro del matrimonio, ni tampoco pueden modificarlos. La cláusula en que se hagan estipulaciones en sentido contrario, se tendrá por no escrita³²⁻³³ (resaltado original).

La doctrina nacional, por su parte, sostiene que “[e]l derecho de familia está principalmente constituido por normas de orden público o [...] con imperati-

DAVID DURÁN ACUÑA señala que “el modelo jurídico tradicional de la unión en parejas es el matrimonio; es la unión institucional con pleno reconocimiento social y jurídico de la que resulta para sus miembros la totalidad de efectos previstos en el ordenamiento”: *Derecho de Familia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 7. Por su parte, EMANUEL LEVY afirma que “el matrimonio es el procedimiento que consagra del hombre y la mujer y crea la familia”: citado por JEAN CARBONNIER, *Derecho Civil, El matrimonio*, París, PUF, 1977, pp. 23 y 24.

30 MONROY CABRA, MARCO G., *Derecho de familia y de menores*, 8ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2003, p. 34.

31 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, 29 de julio de 2012, exp. 25286-3184-001-2007-00152-01.

32 VALENCIA ZEA, ARTURO. *Derecho Civil*, t. v, “Derecho de Familia”, Bogotá, Temis, 1985, pp. 141 a 144.

33 Corte Suprema de Justicia, ob. cit.

vas en su gran mayoría, por lo cual no permite normalmente el libre juego de la autonomía de la voluntad. [...] esta cualidad se refleja en que el derecho familiar regula situaciones que, en su mayoría, son indisponibles”³⁴. El matrimonio, a su turno, es catalogado como un acuerdo con la doble entidad de institución jurídica y contrato³⁵, y pertenece al derecho de orden público, por lo cual su forma y contenido son definidos por la ley, estando vedado a las partes reglamentar sus efectos, en virtud del “principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales”³⁶. Adicionalmente, se caracteriza por ser un contrato “puro” o no susceptible de términos o condiciones resolutorias:

[A] la luz del derecho positivo colombiano el matrimonio civil es un contrato solemne, porque debe ser concluido en la forma prescrita por la ley *ad substantiam actus*. Es un contrato puro, esto es, un contrato que no puede ser sometido a condición o término, y si llegan a ponerse algunas condiciones, se tienen por no puestas [...]. Esto significa que el matrimonio es un negocio jurídico familiar que se diferencia de los demás contratos porque, si bien supone acuerdo de voluntades, se originan obligaciones morales, no puede resolverse por mutuo acuerdo de los contrayentes y no pueden imponérsele términos o condiciones. Si bien es un contrato o negocio jurídico familiar de derecho privado, tiene carácter de orden público, por cuanto predomina el interés público o social³⁷.

Así las cosas, es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano el único contrato creador de una familia es el matrimonio, y que al ser esta una manifestación del derecho de orden público, jueces, notarios y particulares carecen de competencia para crear un convenio especial para dar origen formal y regular las relaciones familiares de las parejas del mismo sexo. Por ende, difícilmente puede sostenerse que la Corte Constitucional autorizó a las autoridades notariales y judiciales desconocer el derecho imperativo para definir a su criterio el vínculo contractual que emplearán con el fin de solemnizar las relaciones familiares entre las parejas del mismo sexo.

• *La institución familiar no puede regularse a través de contratos innominados y atípicos*

El derecho privado contempla la posibilidad de elaborar y suscribir contratos innominados cuando el negocio jurídico pretendido carece de referente normativo y respeta el orden público. Los contratos innominados o aquellos que

34 PARRA BENÍTEZ, JORGE, *Derecho de Familia*, Bogotá, Temis, 2008, p. 32.

35 MEDINA PABÓN, JAIME. *Derecho Civil, Derecho de Familia*, 2ª ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, p. 54.

36 MONROY CABRA, *Derecho de familia y de menores*, cit., p. 238.

37 *Ibíd.*, p. 239.

“no aparecen descritos ni reglamentados en los códigos”, “[s]on el producto de la imaginación de las partes contratantes, las que, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, los redactan a su arbitrio. JOSSERAND los llama contratos ‘sobre medida’, ya que las partes los crean según sus necesidades”³⁸. A su turno, los contratos atípicos³⁹ se distinguen de los demás por no tener una disciplina jurídica propia, ser completamente disconformes con los tipos reglados por la ley, “no encontrar su sede dentro de la ley civil”⁴⁰ y fundarse en el principio de la autonomía privada, en virtud del cual “las personas pueden crear nuevas figuras contractuales cuando las existentes no logran alcanzar los intereses que se han propuesto”⁴¹.

Sobre este punto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que los contratos innominados son aquellos en los que “el producto del querer de los contratantes no se encuadra dentro de los llamados típicos, pero que son permitidos como resultado de la autonomía contractual, y siempre y cuando no quebranten las normas imperativas o de orden público ni los principios o las buenas costumbres”⁴². Esta corporación igualmente ha sostenido que “los contratos atípicos se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y, en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines”⁴³.

Ahora bien, frente a la primera alternativa hermenéutica propuesta a la orden de la sentencia C-577 de 2011^[44], resulta pertinente cuestionarse si es válido que los derechos y las obligaciones presentes en la institución familiar de las parejas del mismo sexo dependan de la “imaginación de las partes” y

38 TAMAYO, ALBERTO. *Manual de Obligaciones*, 7ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2008, p. 141.

39 GASTALDI, JOSÉ MARÍA. *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 168, citado por CAMACHO, MARÍA ELISA. “Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 4, n° 1 (2005), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 5.

40 MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoloni Editores, 1995, p. 71. En igual sentido, cfr. MESSINEO, FRANCESCO. *Doctrina general del contrato*, t. 1, Buenos Aires, Ejea, 1986, p. 378; SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 139; y, MASNATTA, HÉCTOR. *El contrato atípico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, pp. 19 y ss. Citados por CAMACHO. Ob. cit., p. 5.

41 CAMACHO. Ob. cit., p. 1.

42 Gaceta Judicial, n° 2419, 29 de enero de 1985, consultado en Lexbase el 1° de marzo de 2013, disponible en [<http://www.lexbasecolombia.net.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/cortesuprema/antologia/civil/gjlii/61-gjsc-clxxx/clxxx-1.pdf>].

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 22 de octubre de 2001, M.P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

44 Que autorizó la suscripción de acuerdos solemnes y formales entre personas del mismo sexo, cuyo contenido y trámite sea igual al contrato de matrimonio, pero sin nombre o “innominados”.

que estas puedan añadir o excluir del régimen legal aplicable a la familia cualquier cláusula “a la medida”. Responder afirmativamente el anterior cuestionamiento sería tanto como negar el carácter de orden público del derecho de familia y contradecir la finalidad perseguida por la sentencia C-577 de 2011 en el sentido de proteger jurídicamente a las parejas del mismo sexo.

De igual forma, según el principio de “efecto útil” las normas jurídicas no pueden ser interpretadas de manera que produzcan un resultado “manifiestamente absurdo o irrazonable”⁴⁵. En el presente caso, atribuirle el sentido indicado a la orden quinta de la sentencia C-577 de 2011 implicaría no menos que anular por completo la protección constitucional y legal dispuesta para la familia y permitir que esta sea sometida a la discrecionalidad, e incluso arbitrariedad, de sus integrantes. Contratos maritales sin obligaciones mutuas de cuidado y asistencia, sometidos a plazos o a condiciones resolutorias de tipo económico, o susceptibles de anulación unilateral, serían algunos casos moderados de contratos innominados y atípicos creados por las partes para constituir una familia sin apego al régimen legal de orden público aplicable a esta materia. Claramente una interpretación de esta naturaleza, con resultados absurdos e irrazonables, no podría derivarse de la sentencia en cuestión.

La Corte Constitucional no autorizó la creación de regímenes familiares *sui generis*, que reglamenten caso por caso las necesidades e intereses de las parejas del mismo sexo interesadas en contraer un vínculo matrimonial. Con ello se negaría el carácter de orden público de la institución familiar y, así, se abriría la puerta a que las parejas del mismo sexo diseñaran estatutos contractuales específicos para aplicar a sus relaciones familiares, incluso al margen del derecho civil o de las leyes creadas para proteger a los integrantes más débiles del núcleo esencial de la sociedad.

Proteger efectivamente a las familias de parejas del mismo sexo implica cobijarlas con el régimen legal vigente, dispuesto en la Constitución, el Código Civil y las demás normas concordantes, según el cual las parejas que deseen asumir derechos y deberes mutuos de manera solemne y formal ante la ley, pueden hacerlo a través de un contrato civil de orden público denominado matrimonio.

- *Los contratos innominados y atípicos no generan estados civiles*

Interpretar la orden quinta de la sentencia C-577 de 2011 como una autorización para celebrar contratos maritales innominados y atípicos desconoce la finalidad de dicha providencia. Como se indicó previamente, aquella sentencia reivindicó la plena igualdad de derechos entre las parejas del mismo sexo y las de sexo diferente, objetivo que se frustra si se tiene en cuenta que mediante un contrato innominado y atípico resulta imposible modificar el estado civil

45 Corte Constitucional. Sentencia T-007 de 2009.

de las personas para adscribirle el cúmulo de derechos y deberes personales derivado del matrimonio.

En nuestro ordenamiento jurídico solo el matrimonio y la unión marital de hecho configuran estados civiles que le confieren derechos y obligaciones al individuo en función de su núcleo familiar. Así, la Corte Suprema de Justicia enseña que “el matrimonio modifica el estado civil de las personas”⁴⁶, por lo cual con su celebración “se adquieren nuevas responsabilidades frente al núcleo familiar que por esa vía se conforma, al paso que surgen compromisos que trascienden la esfera individual y pasan a tener interés para la sociedad, dentro de cuyas responsabilidades se halla, por mandato constitucional, la ‘protección integral de la familia’”⁴⁷. Lo mismo ocurre con la unión marital de hecho, que conduce a un estado civil fuente de derechos y obligaciones en el ámbito familiar⁴⁸.

En línea con lo anterior, el Decreto 1260 de 1970 prescribe que el estado civil “de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”⁴⁹. Dicho estatuto advierte además que el estado civil “de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos”⁵⁰.

Un contrato marital innominado y atípico no podría anotarse en el registro civil de nacimiento de la persona lesbiana, gay, bisexual, intersexual o trans que lo suscriba, por cuanto los actos susceptibles de incluirse en dicho registro son taxativos y, en lo pertinente, aluden explícitamente al contrato de “matrimonio” (cfr. arts. 5º, 44 y 67 a 72 del Dcto. 1260 de 1970).

En suma, bajo la hipótesis de un contrato innominado y atípico ningún estado civil o anotación en el registro tendría lugar y con ello se prorrogaría el déficit de protección a sus derechos. Por esta razón, el principio de congruencia entre las diferentes secciones de la sentencia⁵¹ conduce a interpretar

46 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil. 29 de julio de 2012, M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, exp. 25286-3184-001-2007-00152-01.

47 *Ibíd.*

48 Cfr., entre otros, de la Corte Suprema de Justicia, el auto del 18 de junio de 2008 (exp. 2004-00205); la sentencia del 3 de noviembre de 2010 (exp. C-76622-3184-001-2005-00196-01); y la sentencia del 12 de diciembre de 2011, de la Sala de Casación Civil, M.P.: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.

49 Cfr. artículo 1º del Decreto 1260 de 1970.

50 Artículo 2º *ibíd.*

51 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-852 de 2002: “la sentencia, entendida como el juicio argumentativo dirigido a fundamentar una decisión judicial definitiva, comporta un sólo acto procesal que, como tal, permite fijar su verdadero sentido a partir de una interpretación sistemática y armónica de todas sus partes cuando ello sea necesario. A este respecto, es de observar que, por expresa disposición legal, *el dictamen emitido por el juez en la parte resolutive del fallo debe encontrar sustento en el discurso argumentativo de la parte motiva, lo que lleva a suponer*

la orden quinta tantas veces aludida de conformidad con su parte motiva, en la cual el alto tribunal se trazó como objetivo proteger con el mismo régimen del matrimonio a las parejas del mismo sexo⁵². Como parece evidente, dicha meta no se logra autorizándolas a celebrar convenios innominados y atípicos. Así las cosas, resulta inconstitucional entender que la sentencia C-577 de 2011 autoriza la celebración de pactos maritales carentes de nombre y régimen legal o intitulados de forma distinta al matrimonio.

• *El déficit de protección de las parejas del mismo sexo solo se supera con el acceso al matrimonio*

La institución matrimonial representa hasta el momento el contrato con mayores garantías para quienes desean compartir un proyecto de vida común, animados por sentimientos de solidaridad y asistencia recíproca. Tal criterio llevó a la Corte Constitucional a autorizar la celebración de contratos formales entre parejas del mismo sexo con el mismo contenido del contrato matrimonial. De allí que figuras innominadas y atípicas, como los pactos de unión civil o los acuerdos de mera convivencia, perpetúen el déficit de protección identificado por la jurisprudencia constitucional, desde un punto de vista formal y material.

Desde el punto de vista formal, el nivel de protección de cualquier figura contractual alternativa es inferior al que ofrece el matrimonio, pues alrededor de este se han erigido numerosos estatutos legales que regulan, entre otros, sus efectos: a) personales (p. ej., los deberes de asistencia mutua); b) familiares (p. ej., el régimen de protección de los niños, las niñas y los adolescentes que existan en su interior; c) civiles (p. ej., el orden sucesoral en caso de fallecimiento de algún integrante de la pareja); d) mercantiles (p. ej., las eventuales sociedades regulares de comercio que se constituyen entre cónyuges), y d) laborales (p. ej., las inhabilidades aplicables por vínculos matrimoniales).

Según la Corte Suprema, el matrimonio genera diversos efectos que pueden ser analizados en tres grupos. En primer término, “el matrimonio modifica el *estado civil* de las personas, atributo de la personalidad que está consagrado constitucionalmente”⁵³. De otro lado, “del matrimonio surgen una serie de vínculos que son indispensables para la pervivencia de la vida común y que hacen parte de las denominadas *relaciones de familia*; de ello, precisamente,

que existe entre una y otra una relación directa de conexidad material que confirma su carácter unívoco” (resaltado fuera de texto).

52 En la aclaración de voto de cuatro magistrados se reafirmó este propósito: “los notarios y los jueces deberán celebrar los contratos maritales entre parejas de personas del mismo sexo, aplicando las normas legales, *como si* reunieran los actuales requisitos legales para contraer el matrimonio de parejas de sexo distinto, hasta tanto el legislador supere el déficit de protección existente” (resaltado fuera de texto).

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de julio de 2011, M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

dan cuenta los artículos 176 a 179 del Código Civil, que imponen a los cónyuges la necesidad de ‘guardarse fe’, ‘socorrerse’, ‘ayudarse mutuamente’, ejercer ‘la dirección del hogar’, ‘vivir juntos’, ‘ser recibido en la casa del otro’ y ‘subvenir a las ordinarias necesidades domésticas’⁵⁴. En tercer lugar, “el matrimonio suscita el establecimiento de un *régimen económico* entre la pareja, pues de alguna manera habrá de determinarse si se efectúan aportes a un haber común, si el trabajo y el apoyo mutuo reporta beneficios y, de haberlos, cómo se repartirán unos y otros al fenecer el vínculo nupcial”⁵⁵.

Al respecto, la doctrina nacional enseña:

... todo matrimonio produce dos clases de efectos: personales y patrimoniales. Los personales se refieren a las personas de los cónyuges y a las mutuas obligaciones y derechos que entre ellos se establecen [...] los derechos y deberes que origina en forma inmediata todo matrimonio se caracterizan, en primer lugar, por ser esencialmente de orden público; en segundo lugar, porque no encuentran su fin en sí mismos sino en la realización de las altas finalidades del matrimonio; y en último lugar, porque se encuentran presididos por la total igualdad entre los cónyuges en sus relaciones personales y en las que se establecen con sus hijos⁵⁶.

Ahora bien, todo este entramado de derechos y deberes civiles inmersos en el contrato de matrimonio se diluye bajo la figura de los contratos innominados y atípicos. La ausencia de regulación imperativa aplicable a esta modalidad de acuerdos perpetuaría el déficit de protección jurídica que agobia a las parejas del mismo sexo, pues serían contratos sin consecuencias legales y sin operatividad en la práctica.

En efecto, el matrimonio civil y un contrato innominado y atípico de pareja difieren no solo en su nombre sino, especialmente, en sus efectos jurídicos. Veamos:

– Con un contrato innominado y atípico no se puede dar origen formal a una familia (pues, se recuerda, el derecho de familia es de orden público o imperativo y, por lo tanto, no está librado a la voluntad de las partes).

– En consecuencia, con un contrato innominado y atípico no se podría acceder al sistema de seguridad social en salud y pensiones en calidad de cónyuge o compañero permanente, ni ser beneficiario de los programas estatales y privados dirigidos a proteger y ayudar a las familias (p. ej., a través de subsidios familiares).

– Tampoco serían aplicables garantías básicas del debido proceso como la posibilidad de abstenerse de declarar en contra del cónyuge o del compañero permanente (art. 33 CP), ni las reglas constitucionales y legales sobre

54 Ibid.

55 Ibid.

56 VALENCIA ZEA. *Derecho Civil*, t. v, cit., pp. 141 a 144.

inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones en materia de función y contratación pública existentes entre cónyuges o compañeros permanentes.

– Los contratos innominados y atípicos de pareja no tienen reconocimiento internacional. No podrían entonces proyectar sus efectos en el ámbito del derecho internacional privado ni en los ordenamientos jurídicos de otros Estados, dejando desprotegidas a las familias de personas del mismo sexo en todas las eventuales situaciones que enfrenten más allá de las fronteras colombianas.

– La capacidad, las cláusulas y los procedimientos de celebración y liquidación del contrato innominado y atípico no estarían regulados por la ley, sino por las partes, con lo cual se incumpliría la orden constitucional de equiparar el régimen de protección de las parejas del mismo sexo con las de sexo diferente y se prestaría para convalidar relaciones asimétricas de poder entre los miembros de la pareja (p. ej., el/la integrante con mayor capacidad económica podría someter contractualmente a su compañero/a).

– Las leyes que protegen la integridad del núcleo familiar, como aquellas que penalizan la violencia intrafamiliar, no serían aplicables a dos personas unidas bajo un contrato innominado y atípico.

– Salvo estipulación expresa de las partes, el régimen de sucesiones, herencia y bienes del matrimonio no sería aplicable a los contratos innominados y atípicos.

– Los deberes y derechos personales del contrato de matrimonio, como la convivencia, la asistencia mutua y el principio de fidelidad entre cónyuges, no harían parte necesaria del contrato innominado y atípico.

– Ante la sociedad colombiana, las parejas unidas bajo contratos innominados y atípicos serían agrupaciones sociales diferentes a la “familia”, lo cual reforzaría la discriminación social en su contra e implicaría introducir una discriminación “por origen familiar”, proscrita por el artículo 13 CP.

Estas son solo algunas situaciones que comprueban la falta de identidad entre un contrato innominado y atípico y el contrato civil de matrimonio. No se trata, por ende, de un mero problema semántico o limitado al nombre que lleve el contrato. En realidad se trata de un problema de contenido y efectos jurídicos, que solo se puede resolver aplicando integralmente el régimen del matrimonio civil a las familias compuestas por personas del mismo sexo.

Desde el punto de vista material, las figuras contractuales alternativas al matrimonio también devienen insuficientes para superar el déficit de protección pues facilitan interpretaciones, prácticas o aplicaciones del derecho contrarias al mandato de protección integral a las familias compuestas por personas del mismo sexo (art. 42 CP).

Al respecto, es preciso señalar que el principal reto que enfrentan las parejas del mismo sexo tras el reconocimiento de sus derechos en la jurisprudencia constitucional consiste en la aplicación correcta de ese marco jurídico por parte de los funcionarios públicos. La experiencia cotidiana demuestra que

a lesbianas, gays, bisexuales y personas trans se les niegan sus derechos con base en interpretaciones jurídicas impregnadas de prejuicios y subjetivismos.

De igual forma, sostener que la sentencia C-577 de 2011 ordenó una figura contractual diferente al matrimonio, exclusiva para ellos y ellas, perpetúa los prejuicios, legitima la idea de que existen poblaciones con menos o diferentes derechos que las demás, y facilita la aplicación indebida del precedente constitucional, lo cual choca con el principio de igualdad consagrado por la Constitución de 1991.

Los ejemplos son numerosos. Aunque la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007 ordenó aplicar el régimen de las uniones maritales de hecho a favor de las parejas del mismo sexo, y en la parte resolutive declaró la “exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido [de] que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”, muchos operadores jurídicos se abstuvieron de cumplir con este mandato. Así, en la sentencia T-051 de 2010 la Corte constató que la pensión de sobreviviente les es negada sistemáticamente, con base en argumentos tales como que: a) no son familia y por ende no tienen derechos herenciales; b) no constituyen uniones maritales de hecho sino simplemente sociedades patrimoniales, y por ende, se equiparan a sociedades o comunidades de bienes; c) no acreditaron el vínculo marital con un documento público solemne suscrito ante un juez o notario; o, en todo caso, d) no tienen derecho a la aplicación retrospectiva de las sentencias C-075 de 2007 y C-336 de 2008 en materia de pensiones.

Estas prácticas inconstitucionales solo podrán desterrarse garantizando el acceso en condiciones de igualdad al contrato matrimonial. La Corte ha sido testigo de la tendencia a interpretar y aplicar el derecho en perjuicio de las personas con orientación sexual o identidad de género diversa⁵⁷. Por lo tanto, no es posible sostener que con la sentencia C-577 de 2011 quiso procurarles otro factor potencial de discriminación con efectos nocivos sobre sus familias.

Por último, a propósito de las manifestaciones públicas efectuadas por altos funcionarios del Estado acerca de su intención de reglamentar la sentencia C-577 de 2011 mediante un acto administrativo, consideramos pertinente realizar la siguiente aclaración.

• *El Gobierno Nacional carece de competencia para reglamentar la sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional*

La Constitución Política de 1991 faculta al Presidente de la República a “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones

57 Cfr. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2011, pp. 29 a 42.

y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (art. 189, num. 11). Según el Consejo de Estado, esta norma le prohíbe al Gobierno Nacional reglamentar sentencias proferidas por la Corte Constitucional. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Constitución menciona únicamente a “las leyes” como objeto de la facultad reglamentaria.

De tal forma lo reiteró aquella corporación en sentencia del 13 de marzo de 2013, al estudiar la constitucionalidad del Decreto 4444 de 2006, por medio del cual intentó reglamentar la sentencia C-355 de 2006 sobre salud sexual y reproductiva. En esta providencia el Consejo de Estado señaló:

Es presupuesto *sine qua non* para que se pueda hacer uso de tal facultad [reglamentaria], la existencia de una *ley o decreto ley* que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento.

Cuando el Gobierno Nacional invoca las competencias que le otorga el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, necesariamente tiene que haber previamente una ley o un decreto ley que reglamentar, a fin de cumplir con el mandato constitucional de ayudar a la “cumplida ejecución de las leyes”. La facultad reglamentaria que dispone esta norma constitucional no puede ejercerse en abstracto, ni frente a actos jurídicos distintos de las leyes o decretos leyes.

De lo expuesto se concluye que, como no había ley para reglamentar, o por lo menos no se indicó, llegándose al punto de estar reglamentando una sentencia judicial, se configuró una indebida ingerencia [*sic*] en la autonomía de la rama judicial.

[...] Fuerza es, entonces, declarar la nulidad del Decreto 4444 de 2006 por las razones expuestas en esta providencia, que se contraen a la violación directa del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, acusación que al prosperar hace inane el examen de los demás cargos [resaltado original]⁵⁸.

Como se observa, la razón para retirar del ordenamiento jurídico por ilegal el mencionado decreto fue su intención de reglamentar una sentencia de la Corte Constitucional, excediendo los límites previstos en la Constitución para el ejercicio de esta facultad por el Gobierno Nacional.

Se deriva de lo anterior que la pretendida reglamentación de la sentencia C-577 de 2011 a través de cualquier clase de acto administrativo por parte del Gobierno Nacional se enmarca en esta hipótesis de inconstitucionalidad y puede controlarse por la rama jurisdiccional, en este caso por el Consejo de Estado.

58 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO, exp. 110010324000200800256-00, Autoridades Nacionales, actor: LUIS RUEDA GÓMEZ.

CONCLUSIÓN

Entre las interpretaciones posibles de la sentencia C-577 de 2011 la más razonable y constitucional indica que desde el 20 de junio de 2013 las parejas del mismo sexo pueden formalizar sus relaciones familiares a través de contrato civil de matrimonio.

La sentencia C-577 de 2011 reconoció la entidad familiar de las parejas del mismo sexo y le ordenó al Estado colombiano superar el déficit de protección jurídica que enfrentan. Con su expedición la Corte Constitucional buscó superar la discriminación legal de la cual han sido víctimas y elevarlas a un plano de igual dignidad frente a las demás formas de configuración familiar presentes en el territorio colombiano.

Teniendo en cuenta el contenido y la finalidad de la sentencia C-577 de 2011, su parte resolutive debe entenderse como la autorización del matrimonio entre parejas del mismo sexo. De esta forma, resulta inconstitucional cualquier interpretación dirigida a excluirlas del contrato matrimonial y relegarlas a la posibilidad de suscribir convenios maritales carentes de ese nombre.

REFERENCIAS

Providencias de la Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-326 de 1993

Sentencia C-011 de 1994

Sentencia T-553 de 1994

Sentencia C-251 de 1997

Sentencia T-397 de 1997

Sentencia C-275 de 1999

Sentencia C-371 de 2000

Sentencia C-1260 de 2001

Sentencia C-271 de 2003

Sentencia C-551 de 2003

Sentencia C-964 de 2003

Sentencia T-116 de 2004

Sentencia T-131 de 2006

Sentencia C-187 de 2006

Sentencia C-667 de 2006

Sentencia C-075 de 2007

Sentencia T-152 de 2007

Sentencia T-007 de 2009

Sentencia T-140 de 2009

Sentencia T-314 de 2011

Sentencia C-577 de 2011

Sentencia T-716 de 2011

Sentencia T-717 de 2011

Sentencia T-909 de 2011

Auto 22 de 2013

Otra jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO, exp. 110010324000200800256-00, Autoridades Nacionales, actor: LUIS RUEDA GÓMEZ.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 29 de julio de 2012, M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, exp. 25286-3184-001-2007-00152-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001, M.P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto del 18 de junio de 2008, exp. 2004-00205.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de noviembre de 2010, exp. C-76622-3184-001-2005-00196-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 2011, M.P.: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012.

Doctrina

CAMACHO, MARÍA ELISA. “Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 4, n° 1 (2005), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- CARBONNIER, JEAN. *Derecho Civil, El matrimonio*, París, PUF, 1977.
- DURÁN ACUÑA, LUIS. *Derecho de Familia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- MEDINA PABÓN, JAIME. *Derecho Civil, Derecho de Familia*, 2ª ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.
- MONROY CABRA, MARCO G. *Derecho de familia y de menores*, 8ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2003.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoloni, 1995.
- PARRA BENÍTEZ, JORGE. *Derecho de Familia*, Bogotá, Temis, 2008.
- Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- TAMAYO, ALBERTO. *Manual de Obligaciones*, 7ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2008.
- VALENCIA ZEA, ARTURO. *Derecho Civil*, t. v, “Derecho de Familia”, Bogotá, Temis, 1985.