

Corte Constitucional de Colombia
Audiencia pública matrimonio igualitario
30 de julio de 2015

Intervención Mauricio Albarracín Caballero, exdirector Colombia Diversa e investigador de Dejusticia

Honorables magistradas y magistrados,

La orden quinta de la sentencia C-577 establece que: *“las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente para formalizar y solemnizar su vínculo contractual”*. Para Colombia Diversa y Dejusticia la interpretación constitucional correcta de esta orden es que jueces y notarios deben realizar matrimonios civiles de parejas del mismo sexo según la ley vigente.

En primer lugar: ¿Los sujetos contenidos en la orden quinta de la Corte cumplen con los elementos esenciales del matrimonio? La respuesta es sí por 3 razones:

1. Parejas del mismo sexo son una familia. Como dijo esta Corte *“está fuera de toda duda ... la condición de familia de las uniones de parejas del mismo sexo”*.
2. Ha dicho la Corte que *“la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”*. Las parejas del mismo sexo son capaces de crear familia a partir de su consentimiento expresado frente al Estado y este tiene la obligación de reconocer esta familia y de no imponer *“obstáculos a las personas por haber optado por un tipo de familia y no por otro”*.

Además, las parejas del mismo sexo comparten con las parejas heterosexuales las finalidades del matrimonio: vivir juntos, procrearse y auxiliarse mutuamente. Sobre la procreación es importante recordar que esta Corte dijo que es una posibilidad, más no una obligación. Posibilidad a la que también pueden acudir las parejas del mismo, las cuales tienen hijos biológicos o adoptivos.

3. Podría argumentarse que un elemento esencial del matrimonio es la heterosexualidad. Este requisito sería absolutamente inconstitucional por las siguientes razones. Primero porque nuestra constitución menciona el matrimonio heterosexual pero no prohíbe el matrimonio de parejas del mismo sexo; en palabras de la Corte: *“lo constitucionalmente garantizado no agota lo constitucionalmente admisible”*. Para dilucidar si las parejas del mismo sexo tienen derecho al matrimonio es indispensable usar la interpretación evolutiva de la Constitución. Por esta razón, la existencia de nuevos sujetos igualmente dignos que los heterosexuales que reclaman la inclusión en el matrimonio es un hecho social que esta Corte no puede desestimar. Y en segundo lugar, existen normas jurídicas vinculantes que establecen el derecho al matrimonio sin ninguna discriminación como el artículo 17 de la Convención Americana interpretado a la luz del artículo 24.

En segundo lugar: ¿Qué tipo de protección jurídica debe brindar el contrato formal y solemne que ordenó la Corte?

1. La unión marital de hecho no supera el déficit de protección, por el contrario se trata de una institución diferente con mayor nivel de formalidad. Pero tampoco es aceptable una escritura pública que cree un contrato innominado y que materialmente sea en realidad una unión marital de hecho. Actualmente cuando una pareja del mismo sexo va a una notaria a hacer una unión marital de hecho les ofrecen un contrato solemne, y si van a hacer un matrimonio les ofrecen lo mismo. Con lo cual se desnaturaliza la unión marital de hecho y el matrimonio, y además ha generado una confusión sin precedentes.
2. Debe proteger a la familia de parejas del mismo sexo. Esta obligación no sólo emana de la propia sentencia también del deber constitucional establecido en el inciso 2 del artículo 42 que establece: “*El Estado garantiza la protección integral de la familia*” Por tanto no se trata de cualquier protección, ni de una protección inferior. Todo lo contrario. El Estado debe brindar una protección cierta, específica, completa y coherente para este tipo de familias y sus hijos.
3. Debe cumplir con los requisitos de ser un contrato, solemne y formal, hecho ante juez o notario competente. Ahora bien, se podría plantear dos interpretaciones posibles a este conjunto de elementos:
 - O bien la Corte autorizó contratos “innominados” y “atípicos” para las parejas del mismo sexo;
 - O bien la Corte autorizó la celebración del matrimonio civil, atendiendo a las reglas del Código Civil en todo lo relativo a la formalidad, solemnidad, trámite, efectos y los funcionarios competentes.

Paso a demostrar qué el único contrato existente en el ordenamiento jurídico capaz de superar el déficit de protección de las parejas del mismo sexo es el matrimonio. Mencionaré primero la naturaleza jurídica del matrimonio y luego mostraré cómo el contrato solemne, innominado y atípico no supera el déficit de protección.

A. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

El matrimonio civil es el único contrato con capacidad para dar origen formal a una familia, según normas imperativas o de orden público. A pesar de que la sentencia C-577 y el mismo Código Civil se refiera a la expresión “contrato”, se trata de un contrato excepcional que no está sujeto a las mismas normas del derecho privado. El matrimonio al tener la triple condición de contrato, institución jurídica y derecho fundamental reviste un carácter excepcional 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 y una relación especial con el Estado.

La Corte Constitucional no autorizó la creación de contratos familiares *sui generis*, que reglamenten caso por caso según las necesidades e intereses de las parejas del mismo sexo. Una autorización en ese sentido negaría el carácter de orden público de las normas de familia.

B. CONTRATOS INOMINADOS Y ATÍPICOS NO SUPERAN EL DEFICIT DE PROTECCIÓN

1. Los contratos innominados y atípicos – incluyendo los contratos solemnes - no modifican el estado civil. El estado civil es “es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determinada su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley” (art. 1 D1260 de 1970). Por tanto es desarrollo directo del derecho a la personalidad jurídica¹. En el ordenamiento actual, el cambio del estado civil se define por la formalidad de haber contraído matrimonio.
2. Por lo tanto, los contratos innominados no se pueden registrar y por tanto son actos jurídicos que no son oponibles a terceros, ni modifican el estado civil.
3. Las parejas del mismo sexo que buscan fijar residencia o establecer la nacionalidad en otros países, bien sea por voluntad propia o en condiciones de asilo o refugio no podrían hacerlo con contratos distintos al matrimonio. Un contrato solemne es una figura sin equivalente en el derecho internacional privado (Convenio de 14 de marzo de 1978 relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio) y no es reconocido por terceros países para efectos migratorios. Esto podría traer como consecuencia que, en países que tienen matrimonio igualitario, las parejas del mismo sexo no podrían fijar residencia ni migrar a esos países y ellas y sus hijos tendrían una desprotección de sus derechos. Configurándose un déficit de protección internacional. En otras palabras la única institución que puede viajar de país a país es el matrimonio.
4. 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: “cónyuges”. La expresión “cónyuge” funciona como un hipervínculo que conecta de forma sistemática y completa el ordenamiento jurídico con el fin de asignar derechos y deberes: afiliación en salud, pensión de sobreviviente, subsidios, protecciones de vivienda, derechos migratorios, la nacionalidad por adopción, beneficios tributarios, entre otros. La discusión sobre el nombre de las instituciones jurídicas es también una discusión sobre los efectos jurídicos concretos de esas palabras y los daños que se producen cuando a situaciones iguales se les llama de distinta manera.
5. Un contrato innominado y atípico no establece una sociedad conyugal y no tiene ningún efecto en el régimen de sucesiones. Este tipo de contratos no tienen ningún efecto en crear un régimen común de bienes ni las reglas para la constitución y exclusión del haber social, la disolución, entre otras situaciones previstas en el Código Civil.
6. Tampoco establece deberes específicos de los cónyuges que son indispensables para garantizar la vocación de permanencia y el auxilio mutuo. Según el Código Civil los cónyuges tienen obligaciones y deberes morales en relación con el lugar de habitación y residencia. Entre ellas se encuentran la obligación de vivir juntos y el derecho a ser

¹ Corte Constitucional. Sentencias T-029/05, T-006/11, T-308/12, T-069/12

recibido en la casa del otro²; la obligación de “*subvenir las ordinarias necesidades domésticas*”³; el deber de socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida⁴, y de fijar la residencia del hogar⁵. Estas obligaciones son de tal entidad, que su grave e injustificado cumplimiento constituye una causal de divorcio⁶.

7. Los contratos solemnes o innominados no tienen la entidad de generar las protecciones estatales, tales como, el derecho de no autoincriminación del cónyuge (Artículo 33 de la Constitución), o los tipos penales que protegen a la familia como la inasistencia alimentaria, la malversación de bienes que se administren en ejercicio de curatela del cónyuge. Adicionalmente, el matrimonio constituye un vínculo que tiene como consecuencia la agravación de ciertos delitos como el homicidio⁷, el secuestro⁸, la tortura⁹, la violación¹⁰. Estas normas que establecen consecuencias jurídicas de tipo civil y penal para el incumplimiento de las obligaciones morales entre las parejas son de orden sancionatorio y, por lo tanto, son de carácter taxativo.
8. Un contrato innominado y atípico no tiene previstas las competencias e instituciones para resolver controversias derivadas de la separación de bienes, separación de cuerpos, divorcio, disolución del vínculo o nulidades. La ausencia de un conjunto de instituciones que garanticen con certeza la solución de controversias entre las familias de parejas del mismo sexo es una grave violación al derecho al acceso a la justicia y no supera el déficit de protección.
9. No protege la moralidad e imparcialidad de la función administrativa¹¹. En efecto, el matrimonio es una de las causales de impedimento y recusación para el ejercicio de varios cargos públicos. Las normas relativas a los impedimentos y recusaciones no podrían aplicarse a las parejas unidas mediante contratos atípicos e innominados, porque estas normas son limitaciones al ejercicio del derecho político a acceder a cargos públicos y por tanto son taxativas. Tanto en la legislación procesal civil¹², como en la procesal administrativa¹³ y penal, se considera la calidad de cónyuge como generador de conflictos entre el interés particular y directo del servidor público y el interés general propio de la función pública. Por tanto la no existencia jurídica de los cónyuges del mismo sexo lesiona al Estado mismo.

² Artículo 178 Código Civil.

³ Art. 179 Código Civil.

⁴ Art. 176 Código Civil.

⁵ Art. 179 Código Civil.

⁶ Artículo 154 Código Civil.

⁷ Artículo 104 Código Penal.

⁸ Artículo 170 Código Penal.

⁹ Artículo 179 Código Penal.

¹⁰ Artículo 211 Código Penal.

¹¹ Artículo 209 Constitución Nacional.

¹² Artículo 150 Código de Procedimiento Civil.

¹³ Artículo 11 y 130 de la Ley 1437 de 2011. Código Contencioso Administrativo.

10. La existencia de una diversidad de contratos innominados y atípicos genera una afectación a la seguridad jurídica como expresión del debido proceso y una desprotección mayor de las familias. Las múltiples interpretaciones que son susceptibles de derivarse de la parte resolutive de la sentencia C-577 han favorecido el surgimiento de obstáculos legales en la materialización de la protección de las familias de parejas del mismo sexo, quienes carecen de certeza en relación con las obligaciones y derechos derivados del vínculo jurídico. Mantener la existencia de contratos atípicos o innominados podría seguir generando una constante incertidumbre sobre la aplicación de las normas de protección de la familia ya que, como se ha argumentado, solo a través del contrato civil de matrimonio se puede garantizar el principio de seguridad jurídica para las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

Honorables magistradas y magistrados, la seguridad jurídica que proporciona el matrimonio me permite evocar la definición que daba de ella Jeremías Bentham y que cita Gustav Radbruch: *“gracias a la seguridad jurídica podemos prever el futuro y por tanto tomar nuestras propias decisiones para él; es la base sobre la que descansan los planes, el trabajo y todo ahorro; hace que la vida no sea simplemente una sucesión de instantes, sino una continuidad, y que la vida del individuo entre como un eslabón en la cadena de las generaciones: es la característica distintiva de la civilización”*.

Honorables magistradas y magistrados, cuando una pareja del mismo sexo decide, en uso de su autonomía, honrar su amor, compromiso y lealtad con la frente en alto y ante los ojos del Estado y la sociedad espera que nuestra democracia dignifique a estas familias con la misma protección que otorga el matrimonio civil. No estamos pidiendo nada más, pero tampoco nada menos.

Muchas gracias.