

Definitivamente el Congreso no aprobó el matrimonio igualitario, esto es, no extendió a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse, que hoy tenemos las parejas heterosexuales. Pero tampoco aprobó otro tipo de contrato que permitiera a las parejas del mismo sexo solemnizar su unión familiar. Surge entonces la pregunta de que irá a pasar a partir del 20 de junio,

puesto que la sentencia [C-577 del 2011](#), que la Corte Constitucional dictó como consecuencia de una [demanda que presentamos varias organizaciones](#) contra la definición exclusivamente heterosexual del matrimonio en la legislación civil colombiana, señaló en la parte resolutive lo siguiente: “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”.

He sostenido en varias oportunidades que, a pesar de que la sentencia C-577 de 2011 es ambigua en este aspecto, la mejor interpretación constitucional de ese mandato de la Corte es que los notarios o jueces competentes, después del 20 de junio, procedan a casar a las parejas del mismo sexo que acudan a sus despachos a solemnizar su vínculo. Pero algunos sostienen que los notarios no pueden hacerlo y que la alternativa que tienen es solemnizar su vínculo por otro contrato, distinto al matrimonio, que algunos han llamado unión civil solemne, o algo así. Incluso algunos han criticado mi tesis en forma severa. Por ejemplo, Alvaro Rojas, el presidente de la “Unión Colegiada del *Notariado* Colombiano” me acusó en una [entrevista en la emisora de la UN](#) el pasado de 16 de abril de que mi tesis era ligera e irresponsable.

En esta entrada pretendo mostrar que eso no es así, y que existen argumentos jurídicos muy poderosos para sostener que los notarios deberían casar a las parejas del mismo sexo que acudan a solemnizar su unión a partir del 20 de junio. Aunque el tema es debatible, creo que es la solución que mejor se ajusta a la sentencia, a la Constitución y a la búsqueda de una sociedad más incluyente, democrática e igualitaria.

El tema tiene su complejidad y por ello creo que es necesario ir por pasos, aunque eso haga un poco larga mi entrada: para ello reconstruiré la lógica de la sentencia C-577 de 2001, i) comenzando por señalar los puntos de partida de la misma, ii) las constataciones que la Corte hace sobre la discriminación contra las parejas del mismo sexo, para luego iii) señalar las conclusiones y órdenes de la sentencia. Todo esto me permitirá iv) mostrar que la mejor forma de cumplir el mandato de la Corte es que los notarios y jueces casen a las parejas del mismo sexo que acudan a sus despachos.

Los puntos de partida de la sentencia C-577.

La sentencia parte de dos puntos, que hoy son jurídica y políticamente incontrovertibles en Colombia. O al menos deberían serlo.

Primero, la Corte reitera una tesis que había desarrollado desde hace muchísimos años, en especial a partir de la [sentencia C-481 de 1998](#), según la cual, la Constitución, por fundarse en la igualdad, el pluralismo y el reconocimiento de la dignidad y autonomía de las personas, protege la orientación sexual homosexual. Y por ello concluyó que todo trato distinto que la ley o una autoridad otorguen a una persona o una pareja por razón de la orientación sexual se presume discriminatorio e inconstitucional. Y que ese trato diverso sólo podría ser válido si la autoridad demuestra que es un medio necesario para alcanzar algún propósito constitucional imperioso. Si la autoridad no logra cumplir con esa exigente justificación, entonces el trato diverso debe ser declarado inconstitucional por discriminatorio.

Segundo, la sentencia señala inequívocamente que las parejas del mismo sexo tienen derecho a formar una familia constitucionalmente protegida, con lo cual la Corte Constitucional supera una tesis anterior, jurídicamente errónea y socialmente discriminatoria, según la cual únicamente nuestro ordenamiento protegía las familias basadas en parejas heterosexuales.

Esto dos puntos son temas sobre los cuales no hay hoy controversia jurídica: las parejas del mismo sexo pueden constituir una familia que se encuentra protegida por la constitución; y todo trato distinto que haga una autoridad debido a la orientación sexual de una persona o una pareja se presume discriminatorio e inconstitucional.

Las constataciones de la sentencia

Luego de esos puntos, la sentencia constató que en este momento, las parejas del mismo sexo sólo podían constituir una familia por un situación de hecho (que es la unión de hecho) pero que no podían recurrir a ninguna forma jurídica para formalizar y solemnizar su unión familiar. Estas parejas no podían en ese momento recurrir al matrimonio (establecido por el artículo 113 de la ley para parejas de distinto sexo) ni a ningún otro contrato equivalente, pues el derecho colombiano no prevé ningún tipo de contrato distinto al matrimonio con capacidad de formar familia y constituir un estado civil equivalente al matrimonio.

La Corte concluyó que esa situación era discriminatoria pues las parejas heterosexuales

gozan de la posibilidad de recurrir al matrimonio para formar una familia por medio de un vínculo jurídico, con los deberes y las protecciones especiales que otorga el matrimonio frente a la unión de hecho, mientras que las parejas del mismo sexo carecen de esa posibilidad.

Esta situación implica entonces un déficit de protección para las parejas del mismo sexo pues las priva de ciertas garantías jurídicas específicas que da el matrimonio. Por ejemplo, tienen que pasar dos años de convivencia para que, por unión de hecho, una pareja tenga una sociedad patrimonial protegida, mientras que el matrimonio permite que en forma inmediata exista la sociedad conyugal de bienes. Igualmente, el matrimonio crea de manera inmediata el vínculo familiar, con el correspondiente estado civil de casado, lo cual no ocurre con la unión de hecho. El matrimonio también crea ciertas obligaciones específicas, como la de fidelidad, que no existen en la unión de hecho, lo cual tiene consecuencias jurídicas. Así, en caso de que exista divorcio por causa de infidelidad, el cónyuge culpable tiene ciertas obligaciones específicas. Además, el hecho de que el matrimonio sea un contrato que se celebra por escritura pública implica facilidades prácticas para las parejas que quieran demostrar su vínculo familiar, por ejemplo para efectos de seguridad social o herencia. A todo lo cual se suma la discriminación simbólica por el hecho de impedir a las parejas del mismo sexo la posibilidad de casarse.

Conclusiones y decisiones de la sentencia.

La Corte señaló que esa situación discriminatoria y ese déficit de protección no hacen inconstitucional que el actual artículo 113 del Código Civil señale que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, pues la propia Constitución prevé el matrimonio para parejas heterosexuales como una de las formas de constituir una familia. Y por ello declaró constitucional esa definición legal. Pero la sentencia estableció inequívocamente que la imposibilidad legal de las parejas del mismo sexo de casarse o de tener alguna forma de constituir familia por un contrato solemne, y no por una situación de hecho, es discriminatoria.

La sentencia consideró que la corrección del déficit de protección es una tarea que debe ser realizada en principio por el legislador pues éste puede optar por diversas regulaciones, como extender la actual regulación matrimonial a las parejas del mismo sexo, o por establecer una regulación nueva, pero siempre y cuando ésta corrija eficazmente la discriminación y el déficit de protección que hoy sufren las parejas del mismo sexo. Y por ello exhorta al Congreso a que legisle sobre la materia.

Sin embargo, la Corte advierte que el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, que es de rango constitucional, no puede depender indefinidamente de la voluntad legislativa y por ello señala que si transcurren dos años desde la decisión sin que el Congreso haya regulado el tema, dos años que se cumplen el 20 de junio de 2013, entonces “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. Y la Corte agrega que para los jueces y notarios es un deber realizar esa formalización “como cumplimiento de la Constitución misma” y como consecuencia “de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos *erga omnes* y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional”.

Este recuento muestra que el 20 de junio, como el Congreso no habrá aprobado una ley sobre el tema, los notarios y jueces están obligados a formalizar y solemnizar la constitución jurídica de la familia de aquellas parejas del mismo sexo que así lo soliciten. Y deben hacerlo con base en las normas jurídicas existentes.

La interpretación del mandato a los notarios y jueces.

La sentencia es desafortunadamente ambigua en este punto pues habla genéricamente de que las parejas del mismo sexo podrán, a partir del 20 de junio, solemnizar y formalizar su vínculo contractual. Y en ninguna parte dice explícitamente que para solemnizar ese vínculo debe aplicarse analógicamente el artículo 113 del Código Civil sobre matrimonio; pero tampoco excluye expresamente esa posibilidad. Y en ninguna parte señala que la alternativa es que los notarios o jueces autoricen la celebración de un nuevo contrato atípico (esto es, no previsto en la ley), con capacidad de generar vínculos familiares; pero tampoco en ninguna parte la sentencia excluye esa posibilidad.

Es normal que la sentencia suscite discusiones y que algunos, como el [superintendente de notariado y registro](#), crean que la solución es que las parejas del mismo sexo formalicen y solemnicen su vínculo por medio de un contrato atípico, que podría denominarse de unión solemne

Esa posición es respetable pero me parece equivocada. La alternativa que mejor se ajusta a la Constitución y al hecho de que las regulaciones de familia y de estado civil son de orden público es que los notarios o jueces casen a esas parejas, por la siguiente razón: el matrimonio es el único contrato que existe hoy 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.

Creo que por analogía, y para cumplir la orden de la Corte Constitucional, los notarios y jueces deberían aplicar la regulación del matrimonio, pues un contrato atípico, por más de que se protocolice, no tendría la posibilidad de lograr los otros dos propósitos. No es posible que un contrato atípico, por solemne que sea, tenga la posibilidad legal de constituir relaciones de familia y de modificar el estado civil, pues las regulaciones de la familia y del estado civil son de orden público. Por ello concluyo que la alternativa correcta y que más se ajusta a la Constitución es la celebración del matrimonio.

A ello habría que agregar que, como lo señalaron cuatro magistrados que aclararon el voto en esa oportunidad (Henaó, Calle, Palacios y Vargas), la decisión de los notarios debe recordar que un trato distinto a las parejas del mismo sexo, en el sentido de no casarlos sino usar otro contrato, puede implicar una discriminación por orientación sexual o por origen familiar, por lo cual sólo razones muy poderosas podrían justificar que no acepten casar a esas parejas. Y si no existen esas razones poderosas, habría que concluir que la negativa a casarlos, para aquellas parejas que así lo soliciten, es discriminatoria, pues las parejas heterosexuales pueden casarse. No olvidemos que todo trato distinto a una pareja debido a su orientación sexual se presume en principio discriminatorio e inconstitucional.

¿Cuáles podrían ser las razones poderosas para no casarlos. Y se han invocado dos: i) un obstáculo constitucional, pues se argumenta que la Constitución y la sentencia C-577 harían imposible el matrimonio para parejas del mismo sexo; y ii) que incluso si no existiera ese obstáculo constitucional, no podría un notario o juez casar a una pareja del mismo sexo, mientras no se modifique el artículo 113 del Código Civil. Pero ninguna de las dos objeciones es válida.

La posibilidad constitucional del matrimonio de parejas del mismo sexo

La Constitución establece en el artículo 42 que debe existir el matrimonio heterosexual pues señala que una de las formas de constituir familia (no la única) es “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”. Es pues claro que la ley debe prever y regular el matrimonio heterosexual. Y por ello la Corte declaró la constitucionalidad de la definición del matrimonio heterosexual por el artículo 113 del Código Civil.

Pero eso no significa que la Constitución haya reservado el matrimonio exclusivamente para las parejas heterosexuales y haya prohibido el matrimonio para las parejas del mismo sexo, pues el artículo 42 de la Carta no dice eso. En efecto, la tesis de que esa expresión del

artículo 42 prohíbe el matrimonio de parejas del mismo sexo parte del supuesto erróneo de que este artículo contiene una “regla exceptiva” según la cual el matrimonio *únicamente* puede celebrarse entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, una lectura simple de esa norma muestra que no establece una excepción de la cual se derive la prohibición de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Dado que las excepciones deben ser expresas y que para su formulación es ineludible el uso de adverbios de modo como *únicamente, sólo, solamente* o, en caso de que la excepción se formule a continuación de una regla general, a través de preposiciones como *excepto* o *salvo*, no es posible sostener que el artículo 42 formula una regla exceptiva o excluyente en relación con las personas que pueden contraer matrimonio. Más adecuada resulta la interpretación según la cual el artículo 42 contiene una “regla especial” que impone al legislador permitir el matrimonio heterosexual, pero que no le impide admitir otros tipos de matrimonio, como el homosexual.

En decisiones anteriores, como la sentencia C-1260 de 2001, la Corte había hecho la diferencia entre reglas constitucionales exceptivas y reglas especiales. Señaló entonces que una regla constitucional especial es del tipo “si ocurre A entonces es obligatorio B”, mientras que una regla exceptiva es diversa pues asume esta forma: “si ocurre A, y sólo si ocurre A, entonces es obligatorio B”. Y por ello concluyó que “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”.

Fuera de lo anterior, es claro que la expresión “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” del artículo 42 de la Constitución debe ser interpretada evolutivamente y tomando en cuenta los principios esenciales de la Constitución. En efecto, no debe olvidarse que i) las constituciones no son normas petrificadas sino textos vivientes, que deben ser interpretados a la luz de las necesidades presentes, ya que su propósito es regular la vida actual; y que ii) un artículo constitucional no debe ser analizado aisladamente sino que debe ser interpretado en forma armónica con los principios y valores constitucionales.

Ahora bien, i) nuestra constitución tiene como pilares el reconocimiento de la autonomía, la igualdad y el pluralismo; ii) las parejas homosexuales pueden formar una familia constitucionalmente protegida, como lo dijo la sentencia C-577/11; iii) la constitución consagra el matrimonio heterosexual pero no prohíbe el homosexual; iv) Colombia ha ratificado tratados de derechos humanos, como la Convención Americana, que tienen rango

constitucional y definen más flexiblemente el matrimonio, pues hablan “del derecho del hombre y la mujer a contraerlo”, lo cual incluye, incluso desde el punto de vista literal, la posibilidad de que existan parejas de hombres o parejas de mujeres. Y v) es hoy una realidad que existen parejas del mismo sexo, que forman familias estables y quieren la protección del matrimonio.

No existe entonces ningún obstáculo constitucional para que el Congreso hubiera aprobado una ley sobre matrimonio de parejas del mismo sexo. La objeción constitucional de los notarios a casar a las parejas del mismo sexo a partir del 20 de junio carece entonces de sustento.

La falta de previsión legal del matrimonio para parejas del mismo sexo

La otra objeción no es constitucional sino legal. Algunos notarios admiten que el Congreso bien puede, por ley, establecer el matrimonio igualitario. Pero que como no lo ha hecho y la definición legal de matrimonio es la del artículo 113 del Código Civil, que se refiere al matrimonio heterosexual, entonces que los notarios o los jueces no pueden casar a las parejas del mismo sexo que acudan a solemnizar su vínculo sino que deben recurrir a un contrato atípico, como el de “unión civil solemne” que han propuesto algunos notarios.

Esa tesis parte de dos supuestos válidos: i) que la familia y el estado civil son temas esencialmente de orden público que deben ser regulados por la ley; y que ii) la ley vigente no prevé expresamente sino el matrimonio heterosexual.

Sin embargo, la conclusión que extraen estos notarios no es convincente pues su tesis es que deben solemnizar la unión de las parejas del mismo sexo por medio de un contrato atípico, esto es, no previsto en la ley. Sin embargo, la obvia pregunta que surge es la siguiente: si la regulación de la familia es de orden público, ¿en donde está previsto legalmente ese contrato de unión solemne con capacidad de modificar el estado civil y crear familia? Y obviamente no está previsto en ninguna ley, pero estos notarios replican que su base de actuación es la sentencia C-577 de 2011, que tiene efectos generales y que los obliga a formalizar y solemnizar el vínculo de familia de las parejas del mismo sexo.

Sin embargo la contradicción es obvia; no es lógico que estos notarios invoquen que no están autorizados a aplicar analógicamente la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, por ser los asuntos de familia de orden público, pero entiendan que están facultados, sin autorización legal, para inventar una figura atípica capaz de engendrar lazos familiares y de modificar el estado civil, cuando los asuntos de estado civil y de familia son regulados por normas de orden público. Si estos notarios argumentan que inventan ese contrato atípico para cumplir la sentencia C-577 y con base en esa sentencia, entonces por la misma

razón pueden aplicar analógicamente la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo, para cumplir la sentencia C-577 y con base en esa sentencia.

Conclusión.

Es claro que después del 20 de junio, todos los notarios tienen el deber de formalizar y solemnizar el vínculo familiar de las parejas del mismo sexo que lo soliciten. No pueden negarse a solemnizar esas uniones. Y creo que la mejor forma de cumplir ese mandato no es solemnizando esas uniones por medio de un contrato atípico pues, sin razones claras que lo justifiquen, los notarios estarían dando un trato distinto a las parejas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales que sí pueden casarse, lo cual es en principio discriminatorio. La fórmula jurídicamente más sencilla y apropiada es entonces que, mientras el Congreso no regule el tema, después del 20 de junio, los notarios y jueces casen a esas parejas del mismo sexo, fundándose en la obligación que les impuso la sentencia C-577 de 2011 de solemnizar las uniones de esas parejas, superando el déficit de protección que hoy sufren por su imposibilidad de casarse.

<http://www.lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/44389/matrimonio-igualitario-despues-del-20-de-junio>