

**2014-IV**  
Agosto 2014

# **DERECHO DE FAMILIA**

**Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia**

# DERECHO DE FAMILIA

## Directoras

Cecilia P. Grosman - Aída Kemelmajer de Carlucci  
Nora Lloveras - Marisa Herrera

## Vicedirectora

Ida Scherman

## Secretarías de redacción

María Bacigalupo de Girard - Carolina Bonaparte

Fundada por Cecilia P. Grosman, Celina A. Perrot y María Bacigalupo de Girard en 1989

---

### Legislación y jurisprudencia extranjera

Alicia A. Carnaval - Ana M. Chechile -  
María Victoria Famá - Javier Muñiz -  
Ida Scherman

### Legislación nacional

Luz M. Pagano

### Legislación provincial

Silvia Fernández

### Síntesis bibliográfica

Natalia de la Torre

### Revista de revistas

Mariel Molina de Juan

### Informaciones

Sebastián Fortuna - Clara Rato -  
Gabriela Vero

### Investigaciones

Marisa Herrera

### Arte, literatura y derecho de familia

Gustavo Bossert

### Volumen de jurisprudencia

Carolina Bonaparte - Lucila Califano -  
Myriam M. Cataldi - Natalia de la Torre  
- Marisa Herrera - Fiorella C. Vigo

### Doctrina

María Bacigalupo de Girard - María  
Victoria Famá - Mariana Fortuna

### Colaboraciones permanentes

Beatriz Bíscaro - Martín Culaciati -  
Mariana Rodríguez Iturburu - Clara  
Romero

### Comité consultivo nacional

Jorge Azpiri, Augusto César Belluscio,  
Gustavo Bossert, Eduardo Cárdenas,  
Carlos Díaz Usandivaras, Eduardo  
Fanzolato, Eva Giberti, María Josefa  
Méndez Costa, Catalina Wainerman,  
Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo  
Zannoni

### Comité consultivo internacional

José de Castro Biggi (Brasil), Jacques  
Commaile (Francia), François Chabas  
(Francia), Jacqueline Rubellin Devichi  
(Francia), Lucette Khaiat (Francia),  
Eugenio Llamas Pombo (España),  
Raymundo Macias (México),  
Jean François Perrin (Suiza), Silvio  
Rodríguez (Brasil), Jean Pierre  
Rosenczveig (Francia), Karl August  
Prinz von Sachsen Gessaphe  
(Alemania), Marc Zuñiga (México),  
Encarna Roca Trias (España),  
Zarraluqui Sánchez Eznarriaga  
(España), Andrew Bainhaim  
(Inglaterra), Rainer Frank (Alemania),  
Stephen Parker (Australia)

Una publicación de  
**AbeledoPerrot S.A.**  
Tucumán 1471,  
(C1050AAC),  
Buenos Aires,  
Argentina

ISSN 1851-1201  
RNPI 5074814

---

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

---

## MATRIMONIO

### Impedimentos – Generalidades – Igual sexo de los contrayentes – Facultad del juez civil para “formalizar y solemnizar” la unión – Ausencia de legislación – Impugnación del Ministerio Público

1 – El rechazo de la impugnación del Procurador Judicial de la sentencia que formalizó la unión matrimonial de dos personas del mismo sexo debe ser confirmada, pues contrario a lo sostenido por el recurrente, al Ministerio Público no se le violó el debido proceso, ya que gozó de la posibilidad de participar activamente en la ritualidad, y frente a cada uno de sus memoriales fundamentados constitucional y legalmente obtuvo respuestas de los juzgadores, sustentadas igualmente en reglas de derecho.

2 – Existiendo sentencia de la Corte Constitucional en la que se dispuso, ante la ausencia de legislación, que las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual, sin aclarar cuál es el juez que, al igual que los notarios, está habilitado para “formalizar y solemnizar” la unión, esa indeterminación permite a los jueces interpretar el mandato, y, como en el caso, entender que los competentes en aquellos trámites son los jueces civiles municipales.

**CORTE SUP. JUST. COLOMBIA, sala Casación Civil, 26/2/2014 – Procuraduría General de la Nación-Delegada para Asuntos Civiles v. Juzg. 11 Civil del Circuito y otros\***

-----  
con nota de PABLO CORNEJO AGUILERA  
-----

## ¿UNA APERTURA HACIA EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN COLOMBIA?

por PABLO CORNEJO AGUILERA\*\*

### I. CONTEXTO GENERAL: LA SITUACIÓN EN AMÉRICA DEL SUR

Una de las mayores tensiones que enfrentan actualmente los ordenamientos jurídicos occidentales en materia de reglamentación familiar es la relación con la posición

\* El texto completo podrá consultarse en [www.abeledoperrotonline2.com](http://www.abeledoperrotonline2.com).

\*\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Becario del gobierno suizo para estudios de posgrado. Máster, Droit International et Comparé, Universidad de

que ocuparán aquellas realidades afectivo-familiares construidas en torno a una pareja del mismo sexo. ¿Qué tipo de protección les será dispensada? ¿Se producirá una apertura de la institución matrimonial, o serán reconocidos a través de la creación de nuevos estatutos formales? ¿O solamente serán aplicables a las parejas del mismo sexo las reglas dispuestas a propósito de los convivientes o de las uniones de hecho? ¿Son estas diversas vías incompatibles entre sí? La manera como estas interrogantes han sido respondidas por cada sistema son diferentes y responden en gran medida a los diversos contextos político institucionales presentes en cada país<sup>1</sup>, siendo destacable que incluso en el marco de ordenamientos que se caracterizan por un sincero respeto por los derechos fundamentales y que buscan desarrollar soluciones relativamente armónicas —como ocurre con los Estados miembros de la Unión Europea<sup>2</sup>— se hayan producido divergencias en cuanto a la forma de proteger estas nuevas realidades familiares<sup>3</sup>.

Como resultaba esperable tratándose de ordenamientos construidos cada vez más en torno a la idea moral de sujeto que subyace al pleno reconocimiento de los derechos fundamentales, como ocurre con el derecho de cada uno de los países de América del Sur, la demanda de protección y reconocimiento de las parejas de personas del mismo sexo no tardaría en ocupar un lugar en la agenda política de los países de nuestra región, aunque con muy disímiles resultados: así, mientras los países de la costa atlántica —Argentina<sup>4</sup>,

---

Lausanne. Profesor Invitado, Derecho Privado, Universidad de Chile. Correo electrónico: pcornejo@derecho.uchile.cl. Mis agradecimientos a la profesora María José Arancibia Obrador por sus valiosos comentarios.

<sup>1</sup> Como se ha destacado tradicionalmente, el derecho de la familia es la sede de los particularismos nacionales.

<sup>2</sup> Sobre este punto, debe destacarse el hecho de que la adopción de una reglamentación localista por parte de algunos de los Estados que integran la Unión que desconozca absolutamente la realidad familiar que subyace a las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo formalizadas de acuerdo a las reglas de un ordenamiento, podría implicar un obstáculo para la libre circulación de las personas.

<sup>3</sup> Con el fin de resolver los problemas de derecho internacional privado que se producen como consecuencia de esas diferencias, en el marco de la Unión Europea se encuentra sometido a discusión desde el año 2011 la Proposición de Reglamento formulada por el Consejo, relativa a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, de 16/3/2011. Ver Bonomi, Andrea, “Les propositions de règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés - Quelques remarques critiques”, en Bonomi, Andrea y Schmid, Christina (eds.), *Droit international privé de la famille. Les développements récents en Suisse et en Europe*, Ed. Schulthess Éditions Romandes, Ginebra, 2013, ps. 53/64.

<sup>4</sup> La Argentina fue el primer país de la región en reconocer el matrimonio igualitario, mediante la aprobación de la ley 26 618, de 22/7/2010. Sobre el contexto político en que se produjo la aprobación de esta ley, ver Hiller, Renata, “Matrimonio igualitario y espacio público en la Argentina”, en AA.VV., *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Eudeba, Buenos Aires, 2010, ps. 85/130. Sin embargo, debe destacarse que aun con anterioridad a la apertura del matrimonio, el debate sobre el reconocimiento de las parejas del mismo sexo había ocupado un destacado protagonismo, reflejándose tanto en las sucesivas reformas que experimentaron las legislaciones provinciales con la finalidad de reconocer las uniones civiles, como en el debate judicial que se produjo con ocasión de las primeras uniones entre personas del mismo sexo. Ver Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de la familia*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2010, ps. 53/93.

Uruguay<sup>5</sup> y Brasil<sup>6</sup>— han avanzado hacia la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo; por otra, algunos de aquellos que han experimentado recientes procesos constituyentes se han encargado de establecer en sus cartas fundamentales la diferencia de sexo como una de las condiciones que definen la institución matrimonial —Bolivia<sup>7</sup>, Ecuador<sup>8</sup>, Paraguay<sup>9</sup>—; en tanto que en una posición intermedia se encuentran Chile, Perú y Venezuela, países donde el debate se ha centrado hasta el momento en la creación de nuevas figuras familiares que permitan el acceso a las parejas del mismo sexo (uniones civiles), por medio de la dictación de leyes especiales y no de la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> El reconocimiento del matrimonio igualitario se produjo en el Uruguay como consecuencia de la aprobación de la ley 19.075, del 10/4/2013. Con todo, previamente las parejas del mismo sexo habían podido optar a un primer reconocimiento legislativo, en virtud de la ley 18.246, del 10/1/2008, que crea la figura de la unión concubinaria. Sobre ésta, ver Rivero, Mabel y Ramos, Beatriz, Unión concubinaria. Análisis de la ley 18.246, 3ª ed., Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 205.

<sup>6</sup> A diferencia de lo ocurrido en el caso argentino y uruguayo, la apertura del matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo en el Brasil no se produjo como consecuencia de una decisión del Poder Legislativo, sino del Judicial. Con fecha 5/5/2011, el Tribunal Supremo Federal reconoció la aplicabilidad de las disposiciones de la ley 9278 de 1996 sobre uniones estables a las parejas del mismo sexo. A partir de este primer reconocimiento, las parejas de personas del mismo sexo comenzaron a formular requerimientos de conversión de su unión estable en matrimonio ante las autoridades competentes, en virtud de lo dispuesto en el art. 8º de la ley, siendo esta cuestión, en definitiva, uniformada por medio de una resolución del Consejo Nacional de Justicia, que obliga a celebrar los matrimonios que se presenten, o a convertir las uniones estables en matrimonios, según sea el caso.

<sup>7</sup> El art. 63 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [2009], establece en su párrafo I que “El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges”, al tiempo que agrega en su párrafo II que las uniones libres o de hecho producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas, en la medida en que sean mantenidas entre un hombre y una mujer sin impedimento legal.

<sup>8</sup> La Constitución Política del Ecuador [2008] define en su art. 67 al matrimonio como “la unión entre un hombre y una mujer”. Sin embargo, en el art. 68, al momento de tratar de la unión libre, permitiría la protección de las parejas homosexuales, dado que en este caso no se impone como requisito la diferencia de sexo.

<sup>9</sup> La Constitución Nacional del Paraguay [1992] contiene dos disposiciones que establecen claramente que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer: por una parte, el art. 51 dispone que “La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer”, lo que es reiterado en el art. 52, conforme con el cual “La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia”. La diferencia de sexos se establece también como una exigencia para el reconocimiento de las uniones de hecho, de conformidad con el art. 51, inc. 2.

<sup>10</sup> En el caso chileno, se encuentra actualmente sometido a discusión en el Congreso el proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja. En los términos del proyecto, se trata de un contrato que tiene por finalidad regular las consecuencias jurídicas de la vida afectiva en común de los convivientes, sean de distinto o del mismo sexo, generando algunos efectos familiares, como el nacimiento de un nuevo estado civil. En lo que concierne al matrimonio

Dentro de este contexto general de la región, el caso colombiano resulta especialmente interesante, a lo menos por dos razones. En primer lugar, por lo extenso del catálogo de derechos que se han reconocido a las parejas del mismo sexo, que ha llevado a que en la práctica hoy se encuentren casi absolutamente asimiladas a las parejas heterosexuales<sup>11</sup>. Sin embargo, lo más llamativo es la forma en que ese fenómeno se ha producido: a diferencia de lo que ocurre con otros países de la región, donde el debate político se ha sostenido en el ámbito parlamentario, en el caso colombiano ha sido la litigación estratégica seguida ante la Corte Constitucional la que ha permitido conferir un progresivo reconocimiento y protección a las parejas homosexuales<sup>12</sup>. En el apartado siguiente, haremos una breve referencia a este proceso.

## II. EL CASO COLOMBIANO. LA IMPORTANCIA DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional colombiana desarrolla una función de primer orden en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, desarrollando el contenido de la Carta de 1991 e integrando a ese ordenamiento jurídico los derechos reconocidos en el ámbito internacional, destacándose por su activo rol en las transformaciones que ha experimentado el derecho colombiano. Sin embargo, hasta el 7/2/2007, esta preocupación no había concernido al reconocimiento de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo. Precisamente, esta fecha marca el punto de inflexión en lo que concierne al acercamiento de la Corte Constitucional colombiana a esta problemática, lo que se refleja en su sentencia C-075/2007, donde decidió que las parejas del mismo sexo tenían derecho a acceder a los derechos patrimoniales reconocidos por la ley 54 de 1990 sobre uniones maritales de hecho<sup>13</sup>, para las parejas heterosexuales, en la medida en que cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en ella, resolviendo que su artículo 1, que definía la unión marital de hecho como aquella institución compuesta por un hombre y una mujer que cohabitan por al menos dos años, era constitucional únicamente si

---

igualitario, el Tribunal Constitucional chileno rechazó la declaración de inconstitucionalidad del art. 102 del Cód. Civil, disposición que exige la diferencia de sexo entre los contrayentes, en el entendido de que la señalada es una decisión que debe adoptar el legislador (STC 1881-10). Ver Cornejo Aguilera, Pablo, "El debate sobre el matrimonio igualitario en Chile. Comentarios a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1881-2010", RDF 2012-IV-357/368.

<sup>11</sup> Para una revisión general sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana, ver Bonilla, Daniel, "Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para un reconocimiento jurídico y político", Anuario de Derechos Humanos, Ed. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2010, ps. 183/200.

<sup>12</sup> Para una visión general de este fenómeno, desde la incidencia política, ver Albarracín Caballero, Mauricio, "Corte Constitucional y movimientos sociales: el reconocimiento judicial de las parejas del mismo sexo en Colombia", Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, Conectas Derechos Humanos, San Pablo, vol. 8, nro. 14, junio 2011, ps. 7/33; Lemaître Ripoll, Julieta, "El amor en tiempos de cólera: derechos LGBT en Colombia", Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, Conectas Derechos Humanos, San Pablo, vol. 6, nro. 11, diciembre 2009, ps. 79/97.

<sup>13</sup> Particularmente, a la posibilidad de crear una comunidad de bienes, al igual que las parejas heterosexuales.

era aplicable también a las parejas homosexuales<sup>14</sup>. De esta forma, considerando que la ley era inconstitucional porque imponía la heterosexualidad como condición para acceder a estos beneficios, limitación contraria a los postulados constitucionales de respeto a la dignidad humana, al deber de protección del Estado a todas las personas en igualdad de condiciones, y al derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>15</sup>, la Corte se apartó de su jurisprudencia anterior, que solamente había protegido los derechos de las personas con orientaciones sexuales diversas en su condición de individuos<sup>16</sup>, reconociendo por primera vez la existencia de las parejas del mismo sexo, así como el deber estatal de proteger sus derechos.

Con esta decisión se abrirían nuevos espacios para el litigio constitucional<sup>17</sup>, los cuales serían aprovechados por los activistas y grupos de interés, quienes decidieron optar por esta vía, al mostrarse más abierta frente a las demandas de las personas de orientación sexual diversa que el Congreso de la República<sup>18</sup>: así, entre las demandas más destacadas de esta nueva etapa, que reconoce la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo, deben mencionarse las que dieron lugar a las sentencias C-811/2007<sup>19</sup>, T-856/2007<sup>20</sup>, C-336/2008<sup>21</sup>, C-798/2008<sup>22</sup> y

14 Bonilla, Daniel, "Parejas...", cit., p. 185.

15 Lemaître, Ripoll, Julieta, "El amor...", cit., ps. 84/85.

16 Bonilla, Daniel, "Parejas...", cit., p. 191.

17 Como destaca el mismo profesor Bonilla, la Corte circunscribió de manera inequívoca los alcances de su decisión a la citada ley, sin hacer una transformación global del sistema jurídico colombiano de manera que todas las normas que regulan la unión marital de hecho y sus consecuencias fueran aplicables tanto a las parejas heterosexuales como a las parejas del mismo sexo, de una manera que se limitó a abrir el camino para que nuevas demandas que tuvieran como objetivo cuestionar la constitucionalidad de las normas jurídicas que hicieran referencia a la unión marital de hecho, pero que siguieran siendo aplicadas únicamente a las parejas heterosexuales. Bonilla, Daniel, "Parejas...", cit., p. 185.

18 Albarracín, Caballero, Mauricio, "Corte...", cit., p. 21.

19 En virtud de esta sentencia, la Corte reconoció que las personas tenían el derecho a afiliarse a su pareja del mismo sexo al seguro obligatorio de salud, tras estimar que se configuraba un déficit de protección debido a que las parejas homosexuales no tenían el derecho, en cuanto a pareja, a recibir los beneficios del régimen contributivo del sistema de salud. Ver sentencia de la Corte Constitucional C-577/2011.

20 Reconocimiento del derecho de afiliación en salud.

21 En esta sentencia, referida al reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo, la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones impugnadas en el entendido de que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo, considerando que la imposibilidad del homosexual para acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual de él, exteriorizada en su voluntad de formar pareja. Ver sentencia de la Corte Constitucional C-577/2011 (en adelante, simplemente C-577/2011).

22 En esta sentencia, la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo pueden ser titulares del derecho a recibir una cuota de alimentos por parte de su pareja, una vez que ha terminado la vida en común, entendiendo que el tratamiento diferenciado representa un notable

T-1241/2008<sup>23</sup>, C-029/2009<sup>24</sup>. Sin embargo, en todas estas decisiones el punto central del debate estaría enfocado en la ausencia de instrumentos que permitiesen a las parejas del mismo sexo desarrollar un plan de vida en común, obteniendo su más plena realización personal, experimentando una unión basada en lazos de afecto, en la asistencia recíproca y la solidaridad entre sus integrantes, por una parte, y en la orientación sexual en cuanto elemento sospechoso y su impacto en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, por otra: hasta ese momento, no se había hecho una mención del concepto de “familia” merecedora de la protección constitucional. Por más que en la pareja homosexual se encontraran presentes elementos propios de esta institución, en los términos en que la propia Corte la ha concebido<sup>25</sup>, hasta el momento la Corte no se había pronunciado reconociendo el carácter familiar de la unión para efectos de lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución<sup>26</sup>. Esta situación cambiaría con la sentencia C-577/2011.

Al igual como ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos, la Corte Constitucional debió conocer de acción pública de inconstitucionalidad intentada en contra de una serie de disposiciones presentes en el ordenamiento jurídico colombiano, que definen

---

déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria. Ver C-577/2011.

<sup>23</sup> Reconocimiento del derecho a pensión de alimentos.

<sup>24</sup> Como señala la profesora Lemaître, en esta sentencia “la Corte estableció que las expresiones ‘familia’, ‘familiar’, ‘grupo familiar’, ‘compañero o compañera permanente’, ‘unión singular, permanente y continua’ y ‘unión permanente’ en diversas normas incluía a las parejas del mismo sexo (Colombia, C-029, 2009). Algunas de las consecuencias de la ‘gran demanda’ son que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la reunificación familiar en el conflicto armado, pueden crear un patrimonio de familia que no puede ser embargado, recibir como pareja el subsidio de vivienda, y afectar un inmueble como vivienda familiar. La pareja extranjera del mismo sexo de un ciudadano colombiano tiene la misma posibilidad de obtener la ciudadanía que la pareja heterosexual, y pueden fijar su residencia con las mismas reglas que las parejas homosexuales en el archipiélago de San Andrés. La igualdad se aplica también para el proceso penal, así, las parejas del mismo sexo no están obligadas a incriminar a sus compañeros o compañeras en ningún proceso penal, se aplican las mismas circunstancias de agravación punitiva y también los tipos especiales como los de violencia intrafamiliar y el régimen de inhabilidades por cercanía familiar. También gozan de la misma protección cuando la pareja es secuestrada o desaparecida o cuando perece en un accidente de tránsito (seguro SOAT)”. Ver Lemaître, Ripoll, Julieta, “El amor...”, cit., p. 85.

<sup>25</sup> En su sentencia C-271/2003, la Corte Constitucional colombiana caracterizó la familia en un sentido amplio como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”.

<sup>26</sup> Más aún, en la sentencia C-029/2009, la Corte añadió que “en particular, el mandato de protección integral de la familia y la definición de esta institución como núcleo fundamental de la sociedad, pueden dar lugar a previsiones legislativas que atienden a esa particular realidad y que, en la medida en que, como respuesta a un imperativo constitucional, se orienten a la protección de ese núcleo fundamental de la sociedad, no pueden considerarse como discriminatorias por no incluir en ellas situaciones que no encajan en el concepto constitucional de familia”.



el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer<sup>27</sup>, por considerar que se trata de reglas que contrarían el derecho a la igualdad ante la ley y el libre desarrollo de la personalidad, cuestión que sería resuelta en la sentencia C-577/2011. En esta decisión, de 26/7/2011, la Corte, expandiendo el desarrollo argumentativo que fundamentó sus anteriores decisiones, constataría que en las uniones homosexuales estables es posible encontrar los mismos elementos que le confieren una cierta identidad a la familia, más allá de la diversidad de formas y variaciones que ésta pueda presentar en la realidad.

De esta manera, no existiendo, a juicio de la Corte, 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, todos los cuales son elementos que dan cuenta del nacimiento de una comunidad de vida que suele manifestarse en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, decidió que la protección de las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, como ocurría en la sentencia C-075/2007, pues su relación expresa toda esta serie de componentes personales mencionados, los cuales, en cualquier clase de unión, homosexual o heterosexual, forman la base de la familia.

Sin embargo, atendido el expreso reconocimiento al matrimonio que efectúa el art. 42 de la Constitución de Colombia como forma de constituir la familia entre un hombre y una mujer<sup>28</sup>, resultaba extremadamente difícil para la Corte declarar la inexecutable de las disposiciones legales que se basan en esta diferencia para definir el matrimonio: por el contrario, la Corte expresamente constata que “El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferírle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamen-

<sup>27</sup> Entre ellas, se destaca especialmente el art. 113 del Cód. Civil colombiano, que define el matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”; el art. 2º de la ley 294/1996 sobre violencia intrafamiliar, el cual dispone que “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio y por la voluntad responsable de conformarla”; y el art. 2º de la ley 1361/2009 de protección integral de la familia, según el cual, para los efectos de la señalada ley, se entenderá que familia “Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

<sup>28</sup> Según lo establecido en el inc. 1 de esta disposición “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Más aún, según el análisis de la Corte, la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo tampoco resulta de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, citando como ejemplo de ello la decisión de 24/6/2010, “Schalk y Köpf v. Austria”, de la Corte Europea de Derechos Humanos.

te enunciadas, todo en forma tal que sólo cabe apuntar que en este caso “la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución”<sup>29</sup>.

Por esta razón, la Corte se centró en las características propias de esta forma unión, constatando que, mientras las parejas heterosexuales pueden acceder tanto a instituciones formales de constitución de la familia<sup>30</sup>, como a todas aquellas en que, existiendo una voluntad seria en orden a formarla, se vive una realidad familiar<sup>31</sup>, las parejas homosexuales solamente cuentan con la segunda vía, limitación que importa un déficit de protección para las parejas del mismo sexo y que debe ser remediada, confiriéndoles la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato “que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión hecho”<sup>32</sup>. Respetando la separación de poderes y reconociendo la legitimidad que para la regulación de estas materias goza el Poder Legislativo, la Corte decide exhortar al Congreso de la República a fin de que, estudiando los diversos modelos comparados de regulación existentes en la materia, expida una ley que regule la comentada institución contractual como alternativa a la mera unión de hecho de una manera sistemática y organizada.

Sin embargo, la remisión al Poder Legislativo a fin de regular la materia no se efectuó de una forma absolutamente libre, pues ello podría haber implicado el supeditar el efectivo reconocimiento de la condición familiar constitucionalmente protegida que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo a una decisión política. Por esta razón, la Corte confirió un lapso suficiente al Congreso a fin de que éste pueda discutir adecuadamente un asunto que es controvertido y técnicamente complejo, entendiendo 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”<sup>33</sup>.

No habiendo cumplido el Congreso con el mandato de la Corte en el tiempo previsto, ciertos jueces y notarios han procedido a celebrar uniones solemnes entre parejas del mismo sexo, recurriendo a la normativa prevista a propósito del matrimonio con la finalidad de fijar los requisitos que demanda la celebración de estas uniones formalizadas. Precisamente es con ocasión de una de estas uniones celebradas que se suscitan los hechos que motivan la decisión de la Corte Suprema.

### III. LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA: ¿UN RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO?

El pasado 2/7/2013, el 67 Juzgado Civil Municipal de Bogotá admitió la solicitud de “formalización y solemnización de relación de personas del mismo sexo” presen-

<sup>29</sup> C-577/2011

<sup>30</sup> Caso en el cual ésta nace como consecuencia del consentimiento que expresan los contrayentes en orden a asumir los compromisos que nacen de esta unión, el matrimonio.

<sup>31</sup> Uniones maritales de hecho.

<sup>32</sup> C-577/2011.

<sup>33</sup> C-577/2011.

tada por don Gonzalo Ruiz Giraldo y don Hernando Rivera Ramírez, fijando fecha para la celebración del acto respectivo y previniendo expresamente que aplicaría por analogía las reglas para la celebración del matrimonio civil. En contra de esta decisión, la Procuraduría General de la Nación recurrió en reposición, por no ser viable en el caso la aplicación por analogía de las reglas del matrimonio, e invocó además la nulidad de lo actuado por falta de competencia, aduciendo que, en los términos del art. 42 de la Constitución, la familia surge por la decisión libre de una mujer y un hombre de contraer matrimonio, y que dicho vínculo es un contrato solemne (art. 113, Cód. Civil). Todas estas argumentaciones serían rechazadas por la juez *a quo*, con fecha 24 de julio, quien indicó expresamente que el acto que se estaba celebrando era un “contrato innominado sin nombre” (sic), que se encontraría dotado de características propias del matrimonio, particularmente las consecuencias previstas en los arts. 152<sup>34</sup>, 176<sup>35</sup>, 177<sup>36</sup>, 178<sup>37</sup>, 179<sup>38</sup> y 180<sup>39</sup> del Cód. Civil, hasta el punto de expresar a los contrayentes que su estado civil será el de “persona casada”, y que el contrato y el acta deberán inscribirse del mismo modo en que se inscribiría un contrato de matrimonio. Esta decisión fue confirmada el día 2 de septiembre por el Juzgado 11 Civil del Circuito.

La Procuraduría General de la Nación recurrió ante de la Corte Suprema de Justicia por la vía de la acción de tutela, exponiendo una serie de vicios o defectos en los que habría incurrido el 67 Juzgado Civil Municipal de Bogotá, los cuales se expresan en su falta absoluta de competencia para conocer de la solemnización del acto de matrimonio de dos personas del mismo sexo; en el vicio procedimental que se produce al celebrar un matrimonio, en la medida que las facultades del tribunal no iban más allá de formalizar y solemnizar el vínculo contractual entre ellas; al hecho de que el tribunal incurre indebidamente a la analogía, no obstante que el matrimonio, como acto solemne, demande la presencia de dos personas de sexo diferente; y finalmente, en que desconoce el precedente constitucional (C-577-2011) que descartó una asimilación entre el vínculo jurídico entre las parejas del mismo sexo y el matrimonio. Por estas razones, se demandó la invalidación de todo lo actuado desde el inicio del asunto.

En su sentencia, la Corte Suprema de Justicia decide rechazar la tutela en segunda instancia, con base en una argumentación que, si bien aparece a primera vista como eminentemente formal, deja entrever ciertas cuestiones de fondo relacionadas con la manera en que debe entenderse la sentencia de la Corte Constitucional.

La tutela invocada se configura en el derecho colombiano como un mecanismo constitucional destinado a resguardar el derecho fundamental a un debido proceso, para que durante todo trámite administrativo o judicial se respeten los derechos de los intervinientes y se logre la aplicación correcta de la justicia, en los términos pre-

34 Referido a las causales de disolución del matrimonio.

35 Deberes de carácter ético que integran la relación conyugal.

36 Dirección conjunta del hogar por parte de los cónyuges.

37 Obligación de cohabitación entre los cónyuges.

38 Residencia común de los cónyuges y obligación de subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus respectivas facultades.

39 Aplicación de las reglas de la sociedad conyugal, en materia de regímenes patrimoniales del matrimonio.

vistos en el art. 29 de la Constitución Política. Por esta razón, estando en presencia de una acción destinada a resguardar el debido proceso, lo primero que hizo la Corte Suprema fue preguntarse si la Procuraduría dispuso de las instancias adecuadas para exponer sus argumentos durante el procedimiento y recurrir las decisiones que afectaban los intereses que ésta representa, resolviendo, de acuerdo con el mérito de los antecedentes expuestos, que no existen elementos que permitan afirmar la vulneración de las garantías procesales del debido proceso. Todo esto lleva a la Corte a rechazar la acción intentada, exponiendo en su considerando 5: “En suma que, desde tal perspectiva, comprobado está que al Ministerio Público no se le violó el debido proceso, pues, como interviniente que fue, gozó de la posibilidad de participar activamente en la ritualidad, y frente a cada uno de sus memoriales fundamentados constitucional y legalmente, obtuvo respuestas de los juzgadores, sustentadas igualmente en reglas de derecho con idéntico linaje, surgiendo de esta manera entre ellos una disparidad de criterios que, como se verá adelante, no es del resorte de este juzgador constitucional elucidarla”<sup>40</sup>.

Sin embargo, en la interpretación que ha efectuado la propia Corte Suprema, integrando el art. 230 de la Constitución, los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la justicia, mirados desde la óptica de la resolución judicial que se está dictando, exigen también que las providencias dictadas por los jueces estén conformes a la ley. ¿Se encuentra la resolución impugnada en esta hipótesis? La Corte se encarga de descartarlo, en el entendido de que el criterio seguido por el tribunal en su sentencia se limita a dotar de un sentido preciso a una orden emanada de la Corte Constitucional, que autoriza a los jueces a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que permita a las parejas del mismo sexo constituir una familia, “de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión”<sup>41</sup>, encontrándose la decisión de aplicar por analogía las reglas del matrimonio a este contrato civil innominado dentro del contenido posible de una orden que presenta una textura abierta, como la contenida en la sentencia C-577/2011. De esta manera, no podría advertirse nada arbitrario o caprichoso en la decisión impugnada que justificara la concesión de la tutela. Por el contrario, a juicio de la Corte, atacar la interpretación que el juez efectúa en el marco de su autonomía e independencia por esta vía excepcional contravendría la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica.

¿Significa todo esto que la interpretación realizada por el tribunal es correcta? La Corte rechaza ir tan lejos, cuestión que resulta prudente en el marco de un procedimiento de discusión acotada, de protección de los derechos fundamentales: en sus términos, se trata éste de un debate que deberá encauzarse por los medios judiciales ordinarios que prevé el ordenamiento jurídico, cobrando especial relevancia las eventuales acciones de nulidad que contra estas uniones pudieran deducirse<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> STC 2282-2014.

<sup>41</sup> C-577/2011.

<sup>42</sup> En este sentido, señala expresamente la Corte Suprema que “La eventual nulidad absoluta de un negocio jurídico ‘por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben...’, artículo 1741 del Código Civil; o las posibles nulidades saneables o insaneables del matrimonio por alguno de los motivos que expresamente señala el art. 140 de la misma obra, son asuntos de índole legal que corresponde debatir ante los juzgados civiles o de familia

#### IV. COMENTARIOS FINALES

Ciertamente, la manera en que se produce esta primera protección formal para las parejas del mismo sexo en el derecho colombiano puede resultar extraña para los abogados formados en otras tradiciones, donde el diálogo entre los tribunales constitucionales y el Poder Legislativo se produce en un contexto donde sólo se reconoce al primero la función de ser una suerte de “legislador negativo”, cuya función se limita a invalidar aquellas decisiones adoptadas por el segundo que sean contrarias a los preceptos de la Constitución, y expresa en gran medida la posición central en el reconocimiento y desarrollo de la protección de los derechos fundamentales. En este contexto, donde el énfasis está puesto en la efectiva protección de los derechos, se explica que cuestiones que en otros ordenamientos quedan reservadas exclusivamente al Legislativo, como es la creación completa de un nuevo estatuto destinado a regular la situación familiar de las parejas del mismo sexo, puedan ser adoptadas por quienes ejercen la función jurisdiccional, aunque ello implique un eventual déficit de legitimidad del nuevo régimen creado, la existencia de inconsistencias en su reglamentación o la afectación desde una perspectiva más general de la igualdad ante la ley.

¿Se puede decir que a partir de estas decisiones se ha producido una apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo en Colombia? En principio, la sola referencia a la sentencia C-577/2011, que suscita todas las cuestiones que se han planteado en este comentario, permitiría excluir esta posibilidad, dado que el límite en el mandato está en la creación de un estatuto formal de protección, sin incluir una reforma del matrimonio. Sin embargo, más allá de esta primera cuestión, cabría preguntarse si la interpretación de la Procuraduría es correcta: si se están aplicando las normas del matrimonio, ¿no nos encontramos en presencia de un matrimonio? En este punto, creemos que la forma es determinante: como lo demuestra el desarrollo que ha experimentado la materia en el derecho comparado, es usual que los legisladores construyan las uniones civiles dirigidas a personas del mismo sexo, tomando como base la regulación matrimonial<sup>43</sup>, estableciéndose la diferencia entre ambas instituciones precisamente en que el matrimonio como institución sigue dirigido exclusivamente a las parejas heterosexuales<sup>44</sup>.

---

competentes por el trámite de un proceso verbal, a la luz de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil con la reforma de la ley 1395 de 2010, o de los preceptos del Código General del Proceso, art. 387”. STC 2282/2014.

<sup>43</sup> Es el modelo de reglamentación que se ha desarrollado a partir de la ley danesa de 1989 y que ha sido ampliamente recibido en los países del Common Law (v.gr., Civil Partnership Act inglesa de 2004, Civil Union Act neozelandesa de 2004, la Civil Partnership Act irlandesa de 2010, algunas regulaciones adoptadas en provincias canadienses y en Estados de los Estados Unidos, etc.) y en los países del centro y norte de Europa, al menos hasta el momento en que resolvieron la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

<sup>44</sup> Precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán resolvió que “La igualdad de sexos representa una diferencia respecto del matrimonio, al mismo tiempo que esa igualdad se convierte en el elemento constitutivo de las sociedades registradas de convivencia. Con ello el legislador toma en consideración lo dispuesto por el art. 2º, párrs. 1 y 3, de la Ley Fundamental en tanto que ayuda a esas personas a un mejor desarrollo de su personalidad y contribuye a eliminar la discriminación. La LPartDiBg no incide en la institución del matrimonio como tal, ni en sus principios estructurales jurídico-constitucionales ni en su configuración por

En este contexto, pareciera que la consecuencia de las decisiones jurisdiccionales en ejecución de la sentencia C-577/2011 es la creación de una nueva forma de unión civil, bajo un contrato innominado que integra reglas del matrimonio, más dirigido exclusivamente a las parejas del mismo sexo y no una apertura del matrimonio, que continúa siendo definido por los arts. 42 de la Constitución y 113 del Cód. Civil como un acto formal celebrado entre un hombre y una mujer<sup>45</sup>. En esta materia, no sólo es importante que existan los mismos derechos, sino también que ellos sean reconocidos bajo el mismo nombre.

---

el legislador. Todas y cada una de las disposiciones regulatorias del matrimonio, las que configuran su marco jurídico y señalan las consecuencias jurídicas de esta institución permanecen intactas. De la garantía del matrimonio como institución jurídica —precisamente debido a que se refiere exclusivamente al matrimonio— no puede derivarse la prohibición de dotar a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contar con una sociedad de convivencia que posea una configuración jurídica similar”. 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, citada en Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 268.

<sup>45</sup> Esto incluso en aquello que se refiere al estado civil de los contratantes, en el entendido de que la declaración realizada por la sentencia en orden a que estarán “casados” se efectúa en un contexto donde el juez no puede inventar simplemente un nuevo estado civil no reconocido por la ley.