

Intervención Audiencia

Julio 31 de 2011

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

Los miembros de una pareja del mismo sexo no tienen el derecho de contraer matrimonio entre ellos. Tienen el derecho de contraer matrimonio con personas del sexo contrario en igual condiciones que el resto de las personas. El derecho especial de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo carece de fundamento filosófico, antropológico y jurídico.

Esta premisa parte del principio que los derechos humanos no son positivizaciones legales de deseos o preferencias de personas o grupos, sino expresiones de la dignidad del ser humano que el orden jurídico reconoce, garantiza y protege. De ello se deriva que no todo *aspiración* humana da lugar a un *derecho* humano.

La institución del matrimonio por definición (por más de 2000 años) tiene como uno de sus elementos definitorios el requisito de diferencia de sexo y complementariedad, entre otros. Modificar este elemento no hace el matrimonio más pluralista, lo redefine y con ello redefine el núcleo fundamental de la sociedad, la familia. Antropológicamente, el matrimonio es una relación única y exclusiva que comprende todas las dimensiones del ser humano, con vocación a permanecer por toda la vida, que tiene por objetivo una vida en comunidad, la procreación y la educación de los hijos. Estos objetivos son solo posibles mientras exista una relación complementaria entre un hombre y una mujer.

Por estas razones el orden jurídico protege el matrimonio y no otra clase de innumerables relaciones entre dos personas que se presentan en la sociedad como la relación de dos amigos, de dos compañeros de negocios, de una madre y su hija o de dos hermanos. La sociedad protege al matrimonio porque de este depende su subsistencia y la educación de las nuevas generaciones. La familia que tiene como núcleo el matrimonio es el mejor seguro social que se encarga de los miembros más débiles, es el hospital por excelencia, y la primera escuela de ciudadanía. La relación entre dos amigas por más intensa que está sea no puede y nunca podrá ser ni hacer lo que el matrimonio es y hace. Por eso nuestro ordenamiento jurídico exclusivamente protege a esta relación y no a otras.

Adicionalmente, es necesario aclarar que el derecho reconoce y protege el matrimonio, no lo crea. El derecho reconoce una realidad evidente en el ser humano que luego positiviza, y no al contrario, esto es, que el derecho cree una utopía que luego a fuerzas se pretende imponer en una sociedad. Esto fue lo que las ideologías del siglo XX trataron de hacer, imponer una idea sobre el ser humanos y la sociedad perfecta, desconociendo la realidad, lo que conllevó al uso de la fuerza y a una de las situaciones más catastróficas de la historia de la humanidad. Si bien el derecho de los derechos humanos ha sido un motor de cambio de estructuras que han oprimido al ser humano y le han degradado, estos cambios no responden a la imposición de ideas a la fuerza en una realidad particular, sino al reconocimiento de verdades olvidadas o que se hacían difícil de vislumbrar en una situación de profunda indignidad. Este no es el caso aquí presente, en donde quiere imponerse a la fuerza una visión particular de la naturaleza del ser humano que afirma que el ser humano encuentra en su propia autonomía y decisión la fuente de su ser,

desconociendo otras visiones antropológicas válidas, principalmente aquella consagrada en la Constitución colombiana.

Jurídicamente no existe en el derecho internacional de los derechos humanos, ni en el derecho Constitucional colombiano el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Dos de los tratados internacionales más importantes de derechos humanos, ambos ratificados por el estado Colombiano reconocen el derecho de un hombre y una mujer, no de dos hombres o dos mujeres, a contraer matrimonio. El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirman:

- “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*
- 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...”*

El derecho internacional reconoce y obliga a los estados partes a proteger el derecho a contraer matrimonio de toda persona en su territorio o jurisdicción. Este derecho por definición es el derecho de unirse por libre consentimiento con una persona del sexo contrario. Aún más, estas normas internacionales de obligatorio cumplimiento para el estado Colombiano están en plena consonancia con el artículo 42 de la Constitución de Colombia que reza:

“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...”

Colombia es una de las 47 naciones que consagró en su constitución política explícitamente que, el matrimonio se conforma por un hombre y una mujer, no por dos (o tres) hombres, o dos mujeres.¹ La garantía que la Constitución le confiere a la familia compuesta por un matrimonio entre un hombre y una mujer no es solo una protección especial a una clase de relación entre muchas otras, es la expresión de una decisión consciente acerca de cómo estructurar una sociedad y la consecuencia de una posición antropológica definida sobre el ser humano y su naturaleza marital.

Tampoco existe un consenso en derecho comparado sobre la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo. En una investigación realizada por 54 expertos de derecho comparado y presentado como Amicus Curiae ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso Obergefell v. Hodges, se demostró que menos del 10% de los países reconocidos antes las Naciones Unidas (194) han reconocido el matrimonio homosexual. Por el contrario, cerca del 24% de países tienen menciones constitucionales explícitas en donde se define el matrimonio como una relación exclusiva entre un hombre y una mujer.²

Por todas las razones anteriormente expuestas, no hay fundamento filosófico, antropológico ni jurídico para afirmar que las personas del mismo sexo tienen un derecho a contraer matrimonio entre ellos. Todas las personas sin ninguna distinción tienen el derecho de contraer matrimonio

¹ Marriage and Family Law Research Project at Brigham Young University, Amici Curia presentado ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Disponible en:

http://media.mlive.com/news/detroit_impact/other/InternationalAndComparativeLawExperts.pdf

² *Id.*

con personas del sexo contrario toda vez que ese elemento es definitorio para hablar de matrimonio. Por último, la posibilidad de crear un contrato no es equiparable a contraer matrimonio, como se expondrá más adelante.

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

La Corte Constitucional no es competente para decidir si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio porque por la relevancia y naturaleza de la pregunta está debe resolverse por medios democráticos en donde la participación de todos los grupos sociales esté garantizada. Aún más, decidir esto conllevaría la redefinición de la institución del matrimonio definida en el artículo 42 de la Constitución, y por ende una modificación a la misma Constitución. La Corte es guardiana e intérprete de la constitución, pero no puede modificar el texto constitucional. La misma carta constitucional contempla mecanismos para su modificación y en todos ellos se requiere la participación democrática del pueblo colombiano o sus representantes.

Adicionalmente, esta clase de decisión es principalmente de naturaleza política y no jurídica, por ello debe ser el Congreso de la República quién entre a debatir el tema. Hacerlo de otra forma sería una violación al principio de separación de poderes que establece competencias diferentes entre las ramas del poder público para garantizar un efectivo balance de poder. Si nueve magistrados tienen el poder de redefinir la institución más básica de la sociedad, como lo es la familia, sin la participación de la sociedad colombiana ¿cuál es el límite de su poder?

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

Tanto la Constitución como el derecho internacional de los derechos humanos confirman que el matrimonio es un derecho para todo hombre de contraer matrimonio con una mujer y para una mujer de contraer matrimonio con un hombre. No obstante la sentencia C-577 de 2011 estableció la posibilidad de crear un contrato entre personas del mismo sexo para formalizar su relación afectiva. Dicha sentencia no modificó el artículo 42 de la Constitución, ni el Código Civil que define el matrimonio civil *entre un hombre y una mujer*,³ por lo tanto se concluye que el matrimonio civil en Colombia sigue siendo la unión comprensiva de un hombre y una mujer orientada hacia la procreación y la educación de los hijos.

La naturaleza del vínculo contractual creado por la honorable Corte no es otra que la de establecer una relación de obligaciones y derechos recíprocos entre dos partes en donde ambas son veedores del cumplimiento recíproco. Este contrato no crea una nueva persona jurídica como el contrato de constitución de una sociedad, tampoco crea una sociedad conyugal, ni modifica el estado civil de las personas en el involucrado. El cambio del estado civil está regulado por la ley civil y en ella se contempla que dicho estado solo es modificable por matrimonio o unión civil entre *un hombre y una mujer*.

³ Código Civil, ARTICULO 113. “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

Este contrato tampoco goza de protección especial como la sociedad conyugal tiene, no tiene vocación de por vida, ni tiene por objeto la unión complementaria de dos personas orientada hacia la procreación y a la educación de los hijos. El vínculo jurídico que se forma en este contrato es el mismo que el de dos contratantes en el que se obligan mutuamente a prestarse ayuda o auxiliarse, o a compartir sus bienes. Pero de ninguna forma, el susodicho contrato no es equiparable al matrimonio que goza de expresa definición y garantía constitucional.

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

Los notarios y jueces pueden negarse a registrar un matrimonio civil entre personas del mismo sexo pues no existe dicho matrimonio en el ordenamiento jurídico colombiano. Tampoco es una vulneración al derecho ni a la dignidad de las personas del mismo sexo negarse a registrar el vínculo jurídico creado entre ellos de acuerdo a la sentencia C-577 de 2011 pues este vínculo no constituye derecho alguno, es solo un contrato. Adicionalmente, dicho contrato no ha sido regulado por el Congreso, y por ende no existe un procedimiento legal que defina las condiciones de validez del contrato.

Por las razones anteriormente expuestas, una autoridad judicial o notarial no vulnera los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo cuando no accede a la celebración y registro de un matrimonio civil entre ellos. En resumen esta conclusión se fundamenta en que:

1. No existe un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, este derecho está garantizado internacional y nacionalmente para todas las personas pero solo para contraer matrimonio con personas de diferente sexo. Precisamente porque en esto consiste el matrimonio por definición.
2. El vínculo jurídico reconocido en la sentencia C-577 de 2011 no es equiparable al matrimonio civil ni modifica el estado civil de los contrayentes. Una interpretación diferente indicaría que el susodicho contrato iría en contravía del artículo 42 de la Constitución, del artículo 113 del Código Civil colombiano, del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana de Derechos Humanos.
3. Todo lo anterior es reafirmado por el principio de separación de poderes que limita la competencia de la Corte Constitucional a que por medio de una decisión judicial modifique la estructura de la sociedad colombiana, y la Constitución sin la participación de las demás ramas del poder público, y sin que medie la participación del pueblo colombiano. Por consiguiente, la única forma de entender el vínculo contractual referido en la sentencia C-577 de 2011 es la de un simple contrato entre dos partes que no modifica su estado civil, no crea una sociedad conyugal, ni goza de la protección especial que el matrimonio tiene en el ordenamiento jurídico colombiano.

Andrés Felipe López

Abogado, especialista en derecho administrativo

Master en Derecho Internacional y Derecho Comparado

Candidato a Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos