

Diego López Medina
Abogado

Bogotá, Abril 23 de 2013

Sra. Magistrada, Sres. Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
La Ciudad

Asunto: Expedientes Nos. T-4167863 y T-4189649

Magistrado sustanciador: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Amicus curiae del ciudadano Diego López Medina (CC. 79.441767)

De los Sres. Magistrados,

Los expedientes de tutela del asunto, que la Corte ha seleccionado y acumulado para su revisión, constituyen, sin duda alguna, uno de los casos constitucionales más importantes de los últimos años. Sin exageraciones, podría decirse que en estos casos se juega el concepto y la percepción que tenemos los colombianos sobre el significado de nuestra propia Constitución. Connotados juristas, en una dicente frase, han dicho que el proceso penal es el “sismógrafo” o el “termómetro” de la Constitución¹; en los últimos años, empero, podría decirse que *el verdadero sismógrafo* de la efectividad general de los derechos fundamentales se ha concentrado en los niveles de respeto y consideración que se les da a la gran cantidad de personas que viven sus trayectorias vitales por caminos diferentes a los de la heterosexualidad históricamente aprobada (incluso obligatoria). Difícilmente existe en el derecho constitucional comparado de hoy un tema de mayor actualidad y pertinencia para medir el compromiso constitucional con la protección de los derechos.

La Corte determinó ya en la sentencia C-577 de 2011 que las personas que constituyen pareja homosexual tienen un proyecto de vida válido constitutivo de familia (dentro de una comprensión pluralista de esa institución social) que merece ser reconocido y protegido por el estado de varias formas: en primer lugar, debe ser reconocido como unión marital *de hecho* (convivencia *more uxorio*) según el régimen legal que para esa figura ha dado la Ley 54 de 1990 (C-075/07). Este reconocimiento ha llevado a que la Corte acepte que la expresión “compañero(a) permanente” (que aparece en gran cantidad de normas jurídicas de todos los niveles) deba ser interpretada de forma igualitaria para la gran mayoría de casos (C-029/09, C-811 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008). Pero, en segundo lugar, la Corte afirmó que esas parejas también tenían un derecho constitucional a lograr que su convivencia fuera estatalmente reconocida de manera formal y solemne. Con ello se entiende que las personas pueden constituir pareja y familia mediante la convivencia fáctica, libre y voluntaria (pero también generadora de un régimen legal de convivencia en protección de los miembros de la familia), pero que también deben poder constituir pareja y familia mediante una convivencia

¹ La referencia al simógrafo está en la obra de Claus Roxin, Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Bs.As, 2000, pág. 10. Goldschmitt habla del termómetro en “Problemas políticos y jurídicos del proceso penal”, EJE, Bs.As, 1961, pág. 109.

formal y solemnemente anunciada al estado y a la sociedad. Estas opciones legales responden, en general, a dos instituciones sociales mediante las cuales las personas han configurado tradicionalmente sus vidas de pareja y familia: el concubinato/unión marital de hecho², de un lado y el matrimonio (o algún análogo funcional al mismo, si efectivamente existe), del otro.

Podría decirse que las instituciones colombianas han logrado ya una respuesta satisfactoria para la protección de la pareja y la familia homosexual cuando la convivencia se estructura a partir del concubinato. En Colombia, pues, ya existe jurídicamente el concubinato igualitario para la pareja homosexual. Otra cosa distinta ha ocurrido con el derecho de optar por una pareja solemnemente constituida: la Corte utilizó fraseología ambigua en la sentencia C-577/11. Encontró que existía un déficit de protección constitucional para la pareja homosexual que, queriendo, no encontraba mecanismos para establecer una pareja formal y solemne. El único mecanismo legal disponible para ellos era la formación de un concubinato/unión marital de hecho a partir de la sentencia C-075/2007. Esta resistencia social se debe a que existe todavía la fuerte percepción que las parejas de amor y convivencia sólo deben formarse entre un hombre y una mujer, es decir, deben ser heterosexuales. Esta es una norma social fuerte (avalada por moralidades tradicionales y religiosas³) que encontró cierta positivización en el derecho: así, tradicionalmente las normas civiles restringen la formación de pareja y familia a relaciones hombre-mujer (art. 113 del Código Civil); de igual forma, según muchos, la misma Constitución de 1991 en su artículo 42 se hace eco de esa comprensión social tradicional y también restringe la formación de pareja y familia al tradicional binomio hombre-mujer. Esta resistencia social (encarnada en normas sociales) se extiende tanto al concubinato como al matrimonio. Todavía más: para muchos, esa misma norma social prohíbe y hace reprochable el mero sexo homosexual; y, a fortiori, la convivencia en pareja que encadena, ya no sólo el sexo, sino el complejo afectivo, emocional y erótico del proyecto de vida común.

A pesar de esta actitud social⁴, la Corte Constitucional en la sentencia C-075/07 mostró razonablemente que la protección jurídica otorgada al hecho del concubinato debía ser constitucionalmente extendida a las parejas homosexuales. Al fin y al cabo muchas de ellas efectivamente viven en concubinato y se pensó en extender las garantías legales que el derecho ha creado para generar mayor igualdad, equidad y previsibilidad jurídica en las relaciones entre concubinos homosexuales. El concubinato sin reconocimiento y normatividad jurídica puede ser duro e incierto; el derecho ha buscado regularizarlo para proteger especialmente al miembro débil de la pareja (que tradicionalmente era la mujer concubina) y que hoy, en razón a cambios sociales y económicos, puede ser un hombre (tanto en relaciones hetero- como homosexuales).

A partir de la extensión del concubinato igualitario, la sociedad colombiana se pregunta ahora si esas mismas parejas homosexuales tienen un derecho constitucional a constituir

² Según el DRAE, el concubinato se define como “relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados.”

³ Algunos documentos de la Iglesia Católica que evidencian su percepción sobre la institución del matrimonio: COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL. Doctrina Teológica sobre el matrimonio. 1977; CONSTITUCIÓN PASTORIAL “Gaudum Et Spes”. 7 de diciembre de 1965.

⁴ Que en todo caso ya no es prevalente y posiblemente ya ni siquiera mayoritaria entre las generaciones más jóvenes. Recuérdese que desde 1991 al día de hoy han nacido cerca de *10 millones de nuevos colombianos* que nunca conocieron el mundo constitucional anterior de 1991.

Diego López Medina
Abogado

parejas y familias de manera formal y solemne, es decir, mediante matrimonio igualitario para las parejas homosexuales. En la C-577/11 la Corte Constitucional avanzó prudentemente, tratando de iniciar un *diálogo social* que continúa al día de hoy: encontró que había un déficit de protección para la autonomía de parejas homosexuales porque éstas, aún queriendo, no podían acceder a un vínculo de pareja formal y solemne y quedaban, por tanto, *encerradas* dentro de la institución del concubinato. Dijo, con claridad, que el legislador colombiano debía crear tal institución formal y solemne para la pareja homosexual, dándole un plazo perentorio para que actuara en búsqueda de una solución. Y que si el legislador no lo hacía dentro de ese plazo, los funcionarios estatales que tienen la competencia legal para ello (jueces y notarios) tenían que ofrecerle a las parejas homosexuales acceso directo a tal “vínculo formal y solemne”.

Y ahí fue Troya: la abstracción conceptual creada por la Corte (“vínculo solemne”) buscaba darle un espacio a la sociedad y al Congreso para que debatieran el tema de cómo dar reconocimiento en concreto a la pareja homosexual que quería vivir su vida de pareja fuera del concubinato, a la luz plena del reconocimiento social, incluido allí el rito iniciático o de pasaje con el cual se anuncia a todos (y más particularmente, a los familiares y allegados) que uno ya no es dueño de uno mismo y que se debe en mente y cuerpo a una vida compartida con otro.⁵ Pero la sociedad colombiana, de hecho, parece ampliamente dividida sobre la cuestión: estuvo dispuesta a reconocer el concubinato igualitario (evidenciado por el hecho de que la sentencia C-075/07 no encontró mayores resistencias luego de su expedición); pero parece menos dispuesta a reconocer el matrimonio igualitario. Esto último tiene evidencia clara: el Senado de la República rechazó con irritación, incluso con cierto grado de vindicta, el proyecto de ley que, en respuesta a la invitación de la Corte Constitucional, se tramitó para establecer la unión civil entre parejas homosexuales⁶; de igual forma, la Procuraduría General de la Nación, en una Directiva orientada⁷, según decires, a la protección de los derechos fundamentales de la comunidad LGBTI, ha enfocado todos sus esfuerzos, también con enorme celo, a lograr que los jueces y notarios entiendan que el “vínculo formal y solemne” de la C-577/11 *no puede ser, de ninguna forma, el matrimonio*. Se establece así la máxima ya anunciada: ¡“sí” al concubinato igualitario, pero “no” al matrimonio igualitario! Y tan “no” al matrimonio igualitario, que estamos dispuestos a crear una institución nueva, inopinada (que no existe bajo las normas sociales de reconocimiento de convivencia) y que se llamaría “unión civil registrada”.

¿Por qué esto, se pregunta uno? Esta diferencia de trato es, en sí misma, inconstitucional, y muestra el grado de prejuicio y discriminación en contra de la pareja homosexual todavía existente en el país. La verdad de esta máxima en el debate colombiano (sí al concubinato igualitario, pero no al matrimonio igualitario) muestra, de hecho, que la sociedad sigue discriminando sistemáticamente en contra de las parejas homosexuales. La opinión moral y socialmente conservadora (que tan sólo es una porción de los que interpretan legítimamente la Constitución) piensa que con el concubinato igualitario se le han resuelto todos los problemas de garantía de los derechos a las parejas homosexuales; pero, al mismo tiempo,

⁵ Rito que está ostensiblemente ausente en la formación *de hecho* del concubinato y que hace parte importante de por qué se le da a la convivencia *more uxorio* una consideración moral y social más baja, aunque esta percepción también esté variando.

⁶ Proyecto de Ley 47/2012 (Senado). Gaceta 489/12, presentado por el HS Armando Benedetti.

⁷ Procuraduría General de la Nación. Circular No. 013/2013, junio 7.

Diego López Medina
Abogado

ellos mismos son los que piensan que, de hecho, el concubinato es una opción menos valiosa y menos respetable que el matrimonio y que de hecho es moralmente condenable. Ellos están dispuestos a aceptar una completa igualdad de la pareja homosexual en todos los derechos “tangibles” (alimentos, herencia, salud, pensiones, etc. etc.) Afirman incluso que si las parejas homosexuales ya lograron lo tangible en el concubinato igualitario, ¿por qué entonces los esfuerzos desesperados para acceder al matrimonio igualitario? Su argumento, pues, se encamina a decir que bastaría para las parejas homosexuales con una *igualdad funcional* de derechos tangibles.

Olvida este sector de la opinión pública y de la interpretación constitucional que la principal preocupación contemporánea de la “igualdad” no es con los derechos tangibles, sino con unos que podríamos llamar “intangibles”, incluso “simbólicos”: *igualdad de respeto y consideración*. La aspiración a la igualdad de respeto y consideración hace que muchas personas que viven en concubinato (legalmente aceptado) utilicen el juego de lenguaje del matrimonio: hablan de sus “esposas” y “esposos”; incluso las expresiones “señora” y “marido” son sistemáticamente interpretados como sinónimos de “esposa” y “esposo” respectivamente, en el entendido que estas expresiones tienen un peso diferente en términos de respeto y consideración social. La aclimatación en Colombia del estado civil de “conviviente”, “en unión libre”, “compañero o compañera permanente”, en “unión marital de hecho” ha sido lenta y aún cuenta hoy con estigmas que las formas sociales y lingüísticas buscan allanar. Estas finas discriminaciones en normas sociales y de uso lingüístico van incluso en contra del espíritu del artículo 42 de la Constitución que, en un momento de inspiración liberal, buscó igualar plenamente a los concubinos con los esposos, al establecer una plena equiparación entre vínculos de hecho y de derecho en la formación de pareja y familia.

Pero las normas sociales no son derogadas fácilmente por las jurídicas: la verdad es que para quienes le regalan a los homosexuales el concubinato igualitario (los intérpretes conservadores del artículo 42), el concubinato no representa una opción plenamente digna. Se trata, pues, de una manzana envenenada que la comunidad LGBTI tiene todo el derecho de rechazar. La comunidad LGBTI aspira a ingresar al espacio público y compartido donde las normas sociales otorgan igualdad de respeto y consideración a la pareja y a la familia. La comunidad LGBTI quiere pan (derechos tangibles) pero también aspira a las rosas (derechos intangibles).

Se abre así una interesante paradoja en la interpretación del artículo 42 constitucional: quienes lo leemos como una norma basada en un ethos liberal e igualitario de defensa de la respetabilidad del concubinato (que por las asociaciones peyorativas de tal palabra el constituyente prefirió llamar “vínculo natural”) y de la autonomía de las parejas a decidir cómo se constituyen en familia, tendemos a argumentar a favor de la extensión tanto del concubinato como del matrimonio igualitario a la pareja homosexual; quienes, de otro lado, ven en el artículo 42 como una promesa constitucional de estabilidad jurídica a la moralidad tradicional y católica en el sentido de mantener la obligatoriedad de la heterosexualidad, están dispuestos a otorgarles a los homosexuales la “unión de hecho”, incluso la “unión civil registrada”, pero no el matrimonio que, en su propio ideología (usualmente religiosa), es la opción más alta y más noble y más humana (hasta el punto de ser una realidad transcendental en la forma del sacramento). Les otorgan así a los homosexuales una institución (la unión de hecho o la unión civil registrada) para poder reservarse otra (el

matrimonio) en la que puedan seguir alimentando sus propios sentimientos de superioridad moral.

Pero, de nuevo, ¿por qué “sí” al concubinato igualitario y “no” al matrimonio igualitario? Se dice con frecuencia que el artículo 42 de la Constitución Política impide el matrimonio igualitario. Pero repárese en lo siguiente: el artículo 42, entendido como norma social, también prohibía el concubinato homosexual. El hecho fortuito de que la calificación hombre y mujer sólo parezca predicarse del matrimonio⁸, no puede negar que, como norma social en 1991, dicha condición calificaba tanto al matrimonio como a la familia constituida por “vínculos naturales” (en el eufemismo bien intencionado que usó el constituyente). Luego, en mi humilde opinión, la sentencia C-075/07 ya estableció el precedente según el cual en el artículo 42 la expresión “hombre y mujer” no constituyen obstáculo insalvable para la extensión de la protección a la pareja homosexual (sea unión de hecho o matrimonio). Si la extensión de la protección se hizo con los vínculos naturales, también puede hacerse con los jurídicos (es decir, con aquellos que la Corte denomina “solemnes”).

De hecho, el ethos del artículo 42 es liberal y no conservador⁹. Para los conservadores sociales es una norma que fundamentalmente asegura la heterosexualidad obligatoria en la constitución de la pareja y de la familia. Ese es su sentido y su propósito normativo fundamental. Esta posición es errónea. Esta lectura implica, en cierto sentido, que el artículo 42 es un pacto constitucional con aquellos que, usualmente desde una moralidad judeo-cristiana tradicional¹⁰, piensan que la homosexualidad es moralmente reprochable y que el derecho debería avalar y respaldar esa tradición. Bajo esta lectura, pues, se lee el artículo 42 como si fuera equivalente al párrafo 3º del artículo 53 de la Constitución de 5 de agosto de 1886:

“ Se garantiza la libertad de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común.”

La heterosexualidad es exigida por la moralidad cristiana. Sin embargo, hoy en día ya parece extremo sancionar penalmente las desviaciones a la heterosexualidad, pero se les continúa sancionando en todo caso con sutiles diferencias de trato civil que, por sus aspectos simbólicos e intangibles, no son tan sutiles, como hemos visto.

Pero el artículo 42 no significa eso: el principio fundamental detrás del artículo 42 es la igualdad y ella se expresa a todo lo largo y ancho de su texto y de su propósito. Este propósito fundamental es el establecimiento de igualdades liberales modernas que, por demás, no

⁸ Lo que es una mera apariencia, porque en una lectura sintácticamente ortodoxa del texto la “voluntad responsable de conformarla” también está calificada por la estructura hombre y mujer de la pareja. Dice el primer párrafo del artículo 42: “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.” La Corte trata de desconectar completamente el matrimonio de la unión libre en el artículo 42. Pero esta interpretación, que sirvió propósitos progresistas en la C-075/07, no parece correcta.

⁹ Claro, en un sentido ideológico y no partidista. Existen muchos conservadores de partido que hacen una lectura liberal-autonomista del artículo 42; y hay también liberales de partido que hacen una lectura conservadora y moralizante del artículo 42.

¹⁰ Porque, también es bueno decirlo, no es la única interpretación, y quizás ni siquiera la dominante, de las exigencias de la moralidad cristiana en el mundo contemporáneo. Hay que aceptar, en todo caso, que sigue siendo la oficial.

proviene de concepciones o religiosidades tradicionales o conservadoras. Dicho de otra forma: el artículo 42 no defiende el matrimonio católico tradicional. El núcleo de artículo 42 es la igualdad, y ello en varios sentidos: igualdad de consideración y respeto social entre el matrimonio y las realidades sociológicamente inocultables del concubinato como método (incluso mayoritario en nuestro país) de formación de pareja y familia; igualdad de consideración y respeto entre el hombre y la mujer, para que el matrimonio y el concubinato sean igualitario entre los sexos y no se estructuren bajo el patriarcado machista que es también parte de moralidades socialmente conservadoras; igualdad de consideración y respeto entre el matrimonio civil y los matrimonios religiosos; y, entre los religiosos, igualdad entre el matrimonio católico (tan dominante, tan respetable) y los matrimonios celebrados por los hermanos separados y por las otras iglesias del libro (judaísmo e islamismo) y por los otros cultos y culturas ajenos al gran bloque de la espiritualidad del libro.

Igualdad, pues, es la clave estructural del artículo 42 de la Constitución Política. Con esta lectura, pues, la expresión “hombre y mujer” no es dispositiva de su sentido: es el ejemplo que el constituyente da, no el paradigma social al cual nos ata. Con esta lectura, el artículo 42 no es un pacto con la moralidad judeo-cristiana para mantener su concepción del mundo; el artículo 42 es el vehículo articulador de ideas de igualdad y pluralismo en la formación de la pareja y de la familia. El artículo 42 es, por lo tanto, otra expresión de la garantía de la autonomía personal, no el compromiso del estado colombiano con la moralidad judeo-cristiana para que esta siga rigiendo doctrinariamente los campos de la familia y del matrimonio.

El artículo 42 tiene otro problema interpretativo que se deriva del análisis anterior: la interpretación social-conservadora piensa de forma automática, de hecho, que el “matrimonio” del artículo 42 es el católico, que es paradigmáticamente dominante en nuestra cultura. Esta es parte de la lectura que entiende el artículo 42 como una garantía constitucional de estabilidad de ideas morales tradicionales. Pero, claro, inspeccionado el asunto con calma, surge una constatación importante: el referente primario del artículo 42 es el “matrimonio” del estado, el matrimonio que se denomina civil, que es además el único sobre el cual tiene competencia la Constitución Política del Estado. El artículo 42, pues, no es la garantía de que el matrimonio religioso sea obligatoriamente heterosexual. El artículo 42 llama al matrimonio “vínculo jurídico”, no “sacramento”. Es cierto que el artículo 42 se refiere al matrimonio sacramental, hacia el final del mismo, pero sólo para asegurar que tales matrimonios tendrán reconocimiento civil y para imponer los efectos civiles del divorcio civil incluso sobre el dogma religioso de su indisolubilidad en el derecho canónico.

Esta constatación nos permite dar un paso ulterior en el argumento: las parejas de estos casos de tutela están pidiendo acceso a un espacio público y compartido del derecho civil, el matrimonio civil; no pretenden que una comunidad de creyentes les dé entrada a sus sacramentos, a contrapelo de su propia visión moral y religiosa. El matrimonio civil es parte del espacio público institucional; el matrimonio religioso es, para seguir con la metáfora, un espacio privado de una asociación teológica que comparte una fe común (con la enorme importancia que este tipo de asociaciones tienen en la vida social y que este libelista no desea ignorar). El matrimonio civil, pues, no parte de un dogma moral de heterosexualidad. De hecho, el matrimonio civil fue construido por el estado colombiano en el siglo XIX para abrirle un espacio institucional de reconocimiento a los contestatarios, a los diferentes, a los

Diego López Medina
Abogado

marginales, que no pensaban que tuvieran que construir familia necesariamente dentro de los postulados de la fe católica hegemónica. El matrimonio civil es un espacio de libertad y de igualdad, frente a la percepción de algunos que el matrimonio religioso les constreñía la conciencia. El matrimonio civil es, al menos en una de sus funciones, una garantía institucional de libertad de conciencia frente a la moralidad religiosa dominante.

A pesar de esto los conservadores sociales pretenden que leamos el artículo 42 exactamente en sentido opuesto. Creo que esta interpretación es incorrecta desde el punto de vista de una exégesis constitucional. Está, pues, dentro del *ethos* y de los principios del matrimonio civil el de servir de espacio de emancipación frente a la moralidad dominante; su heterosexualidad (incluida ciertamente en el artículo 42 constitucional y en el 113 del Código Civil) es ilustrativa, no dogmática ni esencial, puesto que no existe una fe de trasfondo que diga que el matrimonio civil es esencialmente heterosexual. La moralidad tradicional machista, que no es religiosa, pretende decirlo; pero esta moralidad no es suficiente para justificar la fuerza que algunos le quieren dar al principio heterosexual como principio constitucional. La esencia del artículo 42, si existe, radica en darle a los individuos espacios para el libre desarrollo de su personalidad y para garantizarles la libertad de conciencia. La conciencia no es un derecho constitucional sólo para las personas religiosas; la conciencia es el derecho a tener autonomía moral, como lo exige precisamente la decisión de constituir pareja y familia homosexual (y heterosexual también).

Es también paradójico, por lo antedicho, que sean con frecuencia personas religiosas (animadas por su interpretación social-conservadora de la Constitución) las que estén interesadas en negarle el matrimonio civil a las parejas homosexuales. Según su propia doctrina religiosa, el matrimonio civil es reprobable y reprochable porque las personas tienen una obligación moral de contraer matrimonio sacramental para la salvación de sus almas. Este matrimonio sacramental, además, debe ser obligatoriamente heterosexual, por designio y mandato religioso. Pero el matrimonio civil del Estado no puede, ni debe responder a esos llamados morales. Es puro derecho estatal, es un vínculo jurídico, y la heterosexualidad no es uno de sus principios fundamentales; su principio fundamental, en la Constitución de 1991, es la igualdad. Quizás piensan que la igualdad en el matrimonio civil llevaría, con el tiempo, a una igualdad en el matrimonio religioso. Pero no deberían temer tal cosa: ellos son dueños absolutos de sus propias instituciones y no pueden extender los principios de su matrimonio religiosa a las instituciones civiles del estado.

Digámoslo de nuevo: el principio heterosexual no es un principio constitucional. Esa no fue una de las bases con las que se quiso reconstruir el país en 1991, ni constituye un pilar de la carta política. Es un ejemplo, no una esencia definicional. Pongamos un ejemplo del derecho comparado: en la Constitución de Filadelfia se le otorga al Congreso la facultad de proteger mediante derechos, privilegios y patentes los “escritos y descubrimientos” (“writings and discoveries”). A pesar de ello, el derecho contemporáneo de la propiedad intelectual no se limita a “escritos” y “descubrimientos”, ni piensa que el Congreso sólo tenga competencia para proteger exclusivamente esos tipos de producción intelectual. Aquellas palabras son tan solo las ilustraciones o ejemplos que el Constituyente dio según el horizonte de posibilidades de su época; no constituyen la definición esencial de la institución de la propiedad intelectual.

Diego López Medina
Abogado

Igual cosa, postulamos, ocurre con la mención a “hombre y mujer” del artículo 42. El derecho de familia, por razones de realidad y, más importante aún, por razones de dignidad, no puede estar confinado al principio heterosexual: muchas personas viven en pareja y familia homosexual y es deber del estado reconocerlos, protegerlos y dignificarlos. El mensaje normativo fundamental del artículo 42 (es decir, su “principio”) es defender la igualdad en el vasto mundo del derecho de la familia y de las parejas, en varias de sus dimensiones; su mensaje no es el de atrincherar el principio heterosexual. Y este mensaje central es el que debe ser defendido y “guardado” por la Corte Constitucional, según su función institucional establecida en el artículo 241 de la C.P. Así las cosas, pues, el principio igualitario del artículo 42 es tan potente que, como hemos dicho, la Corte ya eludió la expresión “hombre y mujer” en la sentencia C-075/07 para otorgar acceso igualitario al concubinato por parte de las parejas homosexuales. Esta interpretación es correcta en mi opinión y constituye un precedente que la Corte debe seguir en esta ocasión.

La Corte Constitucional acuñó el concepto de “vínculo solemne” para lidiar con el déficit de protección a las parejas homosexuales. Con esta abstracción se ha pensado que el legislador puede o extender el matrimonio (y si adoptar una plena igualdad formal) o puede crear una institución que, como la “unión civil registrada”, no conceda el matrimonio pero sí establezca una plena “igualdad funcional”. Esta solución tampoco es constitucionalmente aceptable por las razones que daremos a continuación y solicitamos a la Corte que esta no sea su doctrina en los procesos de la referencia.

La primera y más importante de esas razones es que la “unión civil registrada” puede ser positivamente creada por el estado pero, de hecho, no existe como norma social ni es reconocida en la cultura de los colombianos. Los referentes sociales en Colombia, con significado moral y jurídico (y esto por años y años de socialización en estas instituciones), son el matrimonio y el concubinato/unión marital de hecho. Cuando uno busca igualdad de consideración y trato ello se logra en los espacios y en los referentes sociales donde se distribuye dignidad, consideración y aprecio. Son estos “espacios públicos”, donde el reclamo de igualdad recibe adecuada satisfacción. En muchos países existe en el derecho y en la cultura cívica de los ciudadanos la institución de la “unión civil registrada”, pero no en Colombia. La “unión civil registrada” es allí un espacio público y común y llevar a esa institución a la pareja homosexual tiene sentido, como ocurre claramente en el caso español según los argumentos de la sentencia 198/2012 (noviembre 6). En algunos países esta institución es el análogo funcional de una “unión de hecho” registrada para efectos de prueba y validación; en otros, dado que el registro de la unión civil es lo que constituye propiamente el matrimonio civil, tal unión civil registrada es el mismo matrimonio y así lo reconoce la sociedad (como es el caso en muchos estados de los Estados Unidos de América).

En Colombia, por el contrario, algunos sugieren crear jurídicamente una figura (que no existe socialmente y que no se haría “real” por mero *fiat* legislativo). Esta figura tendría como único propósito “formalizar” la unión homosexual. Esta concepción, así descrita, disminuye (no aumenta) la igualdad de consideración y trato de las parejas homosexuales. Las parejas homosexuales quieren acceso a la institucionalidad pública y civil que permite crear familia y pareja, a la socialmente reconocida y común; no a una institución de ghetto que, por su solo nombre, prueba y régimen legal, acentuaría (en vez de eliminar) las distinciones sociales que funcionan en su perjuicio.

Diego López Medina
Abogado

El diálogo social que creó la Corte con su prudente sentencia C-577/11 ha tenido igualmente consecuencias imprevistas y desafortunadas. El rito de pasaje, de celebración de la constitución solemne de una nueva pareja se ha convertido en un lamentable tira y afloje jurídico donde, presentes en esa ceremonia y sin invitación alguna, unos “sujetos procesales” objetan, apelan, en fin, se rasgan las vestiduras porque, según dicen, en defensa de los derechos de la comunidad LGBTI, están allí para asegurar que nunca traspasen el umbral del concubinato o de la unión registrada para llegar al matrimonio (que sigue dominado, en su opinión, por el principio heterosexual). Esta forma de “protección” de los derechos fundamentales es, cuando menos, curiosa. Se trata del defensor de los derechos (que es también una de las funciones de la Procuraduría) actuando contra minorías sociales, prevalido de su capacidad de actuación en sede judicial, para decirles que sus derechos no son los que ellos explícitamente reclaman. Es, pues, un defensor que ejerce un poder de censura, que sabe, mejor que ellos, cuáles son sus intereses, reclamos y derechos. Es, a simple vista, una intervención contra su autonomía personal, lamentablemente prohijada por la vaguedad conceptual del “vínculo solemne” que la Corte creó para generar diálogo social con la población y las otras ramas del poder público. Pero ese diálogo social, con frecuencia, ha resultado en dinámicas de revictimización de las parejas homosexuales: ellos quieren unirse en matrimonio, no desean ir a litigar su derecho de acceder a la institución pública del matrimonio civil (frente a jueces o notarios renuentes). Esta revictimización, además, abrió el espacio para que en el Congreso de la República y otros foros sociales se volviera a practicar la política del prejuicio y del odio: la idea que la orientación básica (ni siquiera la formación de familia y pareja, que es cosa de mucho mayor calado) es inmunda y asquerosa. Estas afirmaciones causan daño a personas concretas dentro de un estado constitucional. El diálogo social que la Corte generó ha provocado justificado resentimiento entre la población LGBTI: sus derechos son más endebles después de la expedición de la sentencia C-577/11 porque la lectura social-conservadora y moralizante encontró apoyo en esa sentencia para diseñar una institución discriminante (la unión civil registrada), pero para finalmente negarla (como quien le muestra a un niño un dulce y luego se lo retira), con varios argumentos. El fundamental se contraía a los siguiente: ni siquiera esa protección disminuida y de ghetto a la pareja homosexual era apropiada para sujetos con una dignidad moral tan dudosa y menguada. Con el mandato ambiguo de la Corte Constitucional, la protección de los derechos de la pareja homosexual en Colombia se ha convertido en una pedagogía jurídica agresiva y dañina que quiere situarlos en su justo sitio: lejos, muy lejos, del respetable matrimonio para gente verdaderamente merecedora de respeto y consideración.

Solicito a la Corte que remedie esta situación, de la que es parcialmente autora y responsable. Unos ciudadanos están simplemente solicitando ingreso y reconocimiento dentro de una institución civil del estado. Esa institución está montada sobre el principio de la igualdad, no sobre el principio heterosexual que, como he pretendido demostrar, no existe en la Constitución colombiana. La expresión “hombre y mujer” del artículo 42 no es un principio jurídico fuerte ni un obstáculo textual insalvable para la protección de los derechos de la pareja homosexual en Colombia. En sentencia reciente de 26 de junio de 2013, la Corte Suprema de los Estados Unidos encontró que una Constitución redactada, (entre otros, por puritanos) a finales del siglo XVIII le prohibía al Congreso de su país excluir a las parejas homosexuales de los beneficios, privilegios y reconocimientos del matrimonio civil (que es, en

Diego López Medina
Abogado

todo caso, el único que el estado puede ministrar). Sería sorprendente que nuestra Constitución, que se ufanaba de ser la primera del siglo XXI, sí contenga esta prohibición.

De los Señores Magistrados,

DIEGO LÓPEZ MEDINA