

Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla*

Family, marriage and adoption: some reflections on defense the right of same-sex couples to form a family and of children to have it

Sergio Estrada Vélez**

Universidad del Medellín (Colombia)

*Este artículo forma parte de la ponencia presentada en el *V Congreso Internacional de Derecho de Familia*, organizado por la Universidad de Antioquia. Medellín (Colombia), 23 al 25 de septiembre de 2010. Se vincula a la investigación "La noción de principios generales y principios constitucionales en el Estado social de derecho colombiano", financiada por la Universidad de Medellín. Director: Sergio Estrada Vélez.

**Profesor de Teoría del Derecho, Principialística y Hermenéutica Jurídica de la Universidad de Medellín; especialista en derecho constitucional y en argumentación jurídica; Diploma de Estudios Avanzados, Universidad de León (España); autor de los textos: *La Excepción de Principialidad, Los principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad, Principios y Valores en el Estado social y constitucional de derecho colombiano*. siestrada@udem.edu.co

REVISTA DE DERECHO

N.º 36, Barranquilla, 2011

ISSN: 0121-8697

Resumen

Los cambios culturales evidenciados a nivel global y nacional están impulsando el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo al matrimonio y a la adopción. No obstante, en el contexto colombiano, la inexistencia de elementos sustanciales en la institución matrimonial, las mayores ventajas patrimoniales de las uniones maritales de hecho frente a la sociedad conyugal y la presencia de cosa juzgada constitucional que negó la posibilidad de adopción a parejas del mismo sexo, son aspectos que imponen hablar de una forma de constitución de la familia diferente del matrimonio, así como de la necesidad de respetar los derechos fundamentales de los menores a tener una familia según lo impone la Constitución Política de Colombia. La investigación desarrollada fue de tipo documental y analítico que tiene por base las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana.

Palabras clave: Familia, matrimonio, adopción, Estado social de derecho.

Abstract

Cultural changes evidenced globally and nationally, are fueling the recognition of the rights of same-sex marriage and adoption. However, in the Colombian context, the absence of substantial elements in the institution of marriage as well as major economic advantages of de facto marital unions against the conjugal partnership, and the presence of the Constitutional Court ruling that denied the possibility of adoption by same-sex couples are two aspects to discuss imposing a way of establishing the family other than marriage and the need to respect the fundamental rights of children to have a family as imposed by the Political Constitution of Colombia.

Keywords: Family, marriage, adoption, Social state of law

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2010

Fecha de aceptación: 8 de abril de 2011

*Hay razones para suponer que nuestras antenas morales
funcionan mejor bajo la expresión de la experiencia*

Hart Ely***

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo busca demostrar, frente a dos de los más importantes problemas socio-jurídicos sometidos a estudio constitucional como lo son el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la adopción para las mismas, la importancia de asumir, desde el pluralismo político y el interés prevalente del menor, una defensa de sus garantías constitucionales a partir, en el primer caso, del derecho a ser diferentes y, en el segundo caso, del derecho fundamental del menor a tener una familia.

Para el logro del objetivo propuesto se desarrolló una investigación documental de tipo analítico que tuvo por principal fuente de consulta las principales decisiones de la Corte Constitucional referidas a los derechos de las parejas del mismo sexo, con el fin de determinar en ellas tres aspectos fundamentales: el primero, la existencia o no de diferencias entre estas dos formas de constitución de la familia: el matrimonio y la unión marital de hecho; el segundo, si las diferencias entre el negocio jurídico del matrimonio y otros tipos de conformación de la familia son razonables y, en consecuencia, legitiman tanto una reclamación de las parejas del mismo sexo por un tratamiento desigual frente a las heterosexuales, como una posterior formulación de una nueva forma de constitución de la familia; el tercero, la razonabilidad de los argumentos de la Corte Constitucional frente a la declaratoria de exequibilidad de apartes de los artículos 89 y 90 del Decreto 2737 de 1989 o anterior Código del Menor, que exigían idoneidad moral para los adoptantes y que estos fueran heterosexuales, a la luz del derecho fundamental de los menores a tener una familia, aunque esta esté constituida por parejas del mismo sexo. El análisis de la información recolectada desde estas categorías permitió la sistematización de los argumentos de la forma como los presentaremos.

La discusión referida al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en relación con los de las parejas heterosexuales se ha

****Democracia desconfianza. Una teoría del control constitucional.* Trad. de Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 78.

desarrollado en dos ámbitos: uno patrimonial y otro extrapatrimonial. Los derechos patrimoniales fueron reconocidos, con fundamento en el principio de igualdad, mediante la Sentencia C-075 de 2007 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil); los no patrimoniales, como el derecho a contraer matrimonio y a adoptar, aún se encuentran en discusión¹.

Este escrito es una defensa del derecho que tienen las parejas del mismo sexo a constituir una familia por un medio diferente del contrato matrimonial y, vinculado con este derecho, una defensa del interés prevalente del menor a ser adoptado *aun* por parejas del mismo sexo en ejercicio de su derecho fundamental a tener una familia, al amor y al cuidado establecido en el artículo 44 de la Constitución Política. No se hablará del derecho de esas parejas a contraer matrimonio con fundamento en el principio de igualdad, sino de la posibilidad de explorar un medio para la constitución de la familia diferente del contrato matrimonial en el que confluyan derechos y deberes tanto de la institución matrimonial como de la unión marital de hecho. En relación con la adopción, se tratará como un derecho prevalente del menor a tener una familia, al amor y a la protección y no solo como un derecho de las parejas del mismo sexo a tener hijos.

Esta postura representa un giro argumentativo en el siguiente sentido: de una defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo bajo el generalizado argumento de la igualdad se pasa a una defensa con base en el deber de respeto de la diferencia (el derecho a ser diferente); del derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar, a una defensa de los derechos fundamentales prevalentes de los menores a tener una familia, al amor y a la protección (art. 44 de la C.P.² y art. 22 Ley 1098

¹No desconocemos la cosa juzgada derivada de la Sentencia C-814 de 2001, que resolvió la inconstitucionalidad de la adopción para parejas del mismo sexo, pero consideramos que la misma es aparente o formal en la medida que existen otros argumentos o sentidos diferentes del empleado por la Corte Constitucional que pueden fundamentar una decisión a favor de la adopción, los que serán expuestos en su momento.

²“ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán

de 2006³), situación esta en la que las parejas del mismo sexo deben ser vistas como facilitadoras del ejercicio efectivo de esos derechos fundamentales del menor. La defensa de la posibilidad de constituir familia entre homosexuales por una vía diferente del matrimonio y el derecho de los menores a tener una familia, al amor y a la protección será, pues, el núcleo fundamental de este escrito.

Se abordarán, en síntesis, dos temas que representan dos caras de un mismo problema social: matrimonio en parejas del mismo sexo y adopción. La idea central es esta: no existe frente a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio ni a adoptar. Se tratará de demostrar, en su lugar, el derecho de estas parejas a la conformación de una familia por vínculos diferentes del matrimonio y, de otro lado, el derecho de los menores a ser adoptados por aquellas en defensa de sus intereses prevalentes a tener una familia, al amor y a la protección. Una aproximación a estos dos aspectos debe realizarse teniendo en cuenta algunas premisas:

- a. El debate se debe desarrollar a partir de unos mínimos mojonos epistemológicos que ayuden a determinar cuál es la Teoría del derecho que se debe construir y enseñar en el Estado social y constitucional de derecho colombiano.
- b. Dentro del pluralismo epistemológico que caracteriza la Teoría del derecho en el contexto de los Estados constitucionales son necesarias algunas reflexiones de teoría política que ayuden a re-

también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" (subrayas extratexto).

³ARTÍCULO 22. **Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

Los niños, las niñas y los adolescentes solo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.

cordar la importancia de respetar todo tipo de diferencia (de género, ideológica, social, cultural, etc.), como presupuesto básico para el fortalecimiento del sistema democrático. La obligación de respeto de las diferencias se evidencia en la tendencia normativa a reconocer los derechos políticos como derechos fundamentales; por ejemplo, la asunción de la participación política como derecho fundamental de los grupos étnicos nacionales protegido a través de la consulta previa exigida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva) o el derecho a la objeción de conciencia como parte de la desobediencia civil reconocido como fundamental mediante Sentencia C-728 de 2009 (M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

- c. Se debe procurar que todo argumento expuesto en relación con la posibilidad de unión de parejas del mismo sexo de constituir familia y el derecho del menor a tener una se exponga dentro de los límites establecidos por los deberes de la persona y del ciudadano enunciados en el artículo 95 de la Constitución Política, en especial el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica⁴.

- d. Se debe determinar si el contrato matrimonial posee condiciones o características especiales que justifiquen la extensión de esa institución a las parejas del mismo sexo. En caso de que existan, se debe indagar por la mejor vía de protección de las uniones de parejas del mismo sexo: el principio de igualdad (extendiendo el matrimonio a las parejas del mismo sexo) o el derecho a la diferencia (a través de una forma de conformación de la fami-

⁴“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios...4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica...”

lia diferente del matrimonio que otorgue básicamente la misma protección e imponga los mismos deberes).

En caso de que no existan en el contrato matrimonial condiciones especiales que ameriten un tratamiento diferenciado entre heterosexuales y homosexuales, es necesario pensar en una “desmatrimonialización” de la discusión, esto es, en una defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia pero por un medio diferente y, por qué no, mejor que el contrato matrimonial. El debate no se puede centrar en el derecho a celebrar contrato matrimonial sino en la lucha porque las parejas del mismo sexo sean reconocidas como familia con los mismos derechos y obligaciones (guardando respeto frente a aquellos aspectos que razonablemente ameriten un trato diferenciado) derivados de las uniones civiles o naturales entre parejas heterosexuales.

2. ANCLAJE EPISTEMOLÓGICO

Una tarea inicial en el estudio de todo problema jurídico debe ser la fijación de la perspectiva epistemológica o punto de vista que servirá de apoyo a las diferentes ideas que serán expuestas en defensa de determinada hipótesis. La sociología, la estimativa y la teoría del derecho son los principales puntos desde los cuales se formulan respuestas a problemas sociales. En términos de Del Vecchio (1969, p. 276-279), son tres las formas del conocimiento o las investigaciones que se propone la filosofía del derecho: la lógica, la fenomenológica y la axiológica.

La investigación lógica, también entendida como estática, busca dar cuenta de los siguientes problemas: las relaciones entre la moral y el derecho, la noción de derecho objetivo y subjetivo, sujeto de derecho, la relación jurídica. Podríamos adicionar temas como el de la norma jurídica, las fuentes formales del derecho, la noción de sistema jurídico, validez, legalidad, etc.

La investigación fenomenológica se dedica al estudio de las circunstancias que rodean el surgimiento del derecho asumido como objeto cultural en constante transformación. Constituyen objeto de estudio

de esta perspectiva todos los asuntos relacionados con la configuración del derecho entendido como acto de poder, las tensiones entre el poder y el derecho, la idea de legitimidad, participación, procedimiento, eficiencia, representación política, gobernabilidad, etc.

Por último, la investigación axiológica, que es propia de una actitud valorativa frente al derecho, permite la posibilidad de cualificar las normas existentes, de estudiar no el derecho que *es* sino el que *debe ser*; en otros términos, de asumir una posición crítica frente a la racionalidad y legitimidad del derecho.

En apretada síntesis, se puede afirmar que la teoría del derecho ofrece un punto de vista que depende, inicialmente, de la posición que asuma el actor frente al fenómeno normativo, dando lugar básicamente al realismo, al iusnaturalismo y al iuspositivismo. La sociología busca dar explicación a fenómenos jurídicos a partir de lo que la sociedad estima conveniente o coherente con el interés general; la estimativa, en sus múltiples posibilidades (subjetiva, cognoscitiva o fenomenológica), propone reflexiones a partir de una específica noción de justicia y de sus relaciones (contingentes o necesarias) con el derecho.

El análisis de algún problema jurídico a partir de una sola de las perspectivas mencionadas (lógica, fenomenológica y axiológica) puede ofrecer una imagen en apariencia clara, pero sin duda parcial del fenómeno jurídico. Puede registrar el derecho de los textos, el derecho viviente o el derecho que moralmente debe ser, pero no permitirá tener una imagen integral del derecho. La insuficiencia de cada una de esas perspectivas ha motivado una tendencia a favor de un pluralismo de perspectivas epistemológicas denominada tridimensionalidad del derecho, que sugiere no solo la complementación entre esos enfoques sino la superación de las tensiones entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. Se pueden citar autores como Aarnio (2000, p. 79); Atienza (1997, pp.19-26); Kriele (1980, pp. 37-39); Nino (1994, pp. 11, 41,137, 147, 158); Peces-Barba (1993, p. 279); Perelman (1979, pp. 180 y 181); Robles (1988, p. 137); Vigo (2004, pp. 45-60); Zagrebelsky (1997, p. 122). En Colombia es importante resaltar la obra del profesor Mauricio Plazas Vega (2009).

Entre los defensores de ese pluralismo metodológico merecen especial alusión las reflexiones de Luigi Ferrajoli (2008), quien en su presentación a su más reciente trabajo sobre teoría del derecho expresa:

La teoría del derecho, y en especial de estado constitucional de derecho, con las divergencia que comporta entre principios ético-políticos, principios de derecho y práctica jurídica, puede postularse como el lugar en el que es posible recomponer las diferentes fracturas disciplinarias (entre ciencia del derecho, sociología y filosofía) que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna. Y puede convertirse, asimismo, en terreno de encuentro de las diferentes aproximaciones al estudio del derecho, a las que ofrece un aparato conceptual en gran parte común e indispensable para su realizar su función crítica, además de explicativa: del doble punto de vista jurídico interno, propio de las disciplinas dogmáticas positivas, del punto de vista empírico externo, propio de la sociología del derecho, y del punto de vista axiológico externo, propio de la filosofía política, cada uno de ellos ligados a diferentes interpretaciones semánticas de la teoría (pp. 66 y 67).

No obstante la importancia de un pluralismo epistemológico para la comprensión de los problemas jurídicos, en Colombia aún se advierte una cultura permeada de elementos propios de un denominado paleo-positivismo o positivismo decimonónico, que ha impedido los cambios que impone el Estado social y constitucional en aspectos básicos como las fuentes del derecho, la noción de norma jurídica, ordenamiento jurídico, la misma metodología de la interpretación y, en general, en las relaciones de coordinación que deben existir entre los diferentes órganos del poder público en la configuración de las fuentes del derecho.

Intentaremos asumir ese mismo pluralismo epistemológico en el estudio de los dos temas propuestos: la unión entre homosexuales con el fin de constituir familia y el derecho fundamental del menor a tener una. Se dejará de lado la perspectiva moral o estimativa, en la medida que es la que ofrece mayor complejidad debido a su ductilidad ideológica, la que se busca “corregir” con ayuda de las otras dos formas de aproximación epistemológica. Tres son las razones fundamentales por las cuales se desea, en principio, dejar de lado una aproximación moral en el estudio del problema objeto de análisis:

La primera hace referencia a la presencia de una fuerte ideologización o de un insalvable misticismo que conduce a la negación de la unión entre homosexuales y de la posibilidad de los menores a ser hijos de parejas del mismo sexo. Esa noción se defiende principalmente desde una concepción teológica de derecho natural y conduce a una fusión entre religión, moral social e interés general, cuando es claro que no siempre lo que es moral para la mayoría resulta conducente para la satisfacción del interés general.

Un claro ejemplo de este tipo de fundamentación moral en contra del matrimonio entre parejas del mismo sexo se encuentra en estas palabras:

En la medida en que nos alejemos del derecho natural comprobaremos una constante degradación de la sociedad y de la familia, por un proceso del que ya hemos tenido lamentable experiencia en últimos años, durante los cuales se ha ido, por un constante deslizamiento, de un mal a otros peores. Pero no debemos perder la esperanza, como nos enseña santo Tomás de Aquino en más de una oportunidad: lo que es antinatural no puede durar. La sociedad cambiará si somos capaces de aplicar con fidelidad los principios que nos enseña el derecho natural (Barreiro, 2009, p. 167).

Un argumento moral, atado generalmente a una religiosidad que coincide o sirve de germen de una moral pública, promueve una solución en contra de la posible unión de parejas de homosexuales con el ánimo de constituir familia y del derecho fundamental de los menores a tener una familia, al amor y cuidado. Una sociedad que se afirme ser independiente de cualquier organización o confesión religiosa afirmará que el interés general coincide con la moral social o pública, pero desconocerá el problema que surge cuando la mayoría forma parte de una determinada religión que, más directa que indirectamente, promueve el rechazo de los derechos de ciertas minorías. En el Estado social de derecho, una defensa de la moral social puede promover un abandono del pluralismo político como elemento cualificador del sistema democrático.

La segunda razón señala, en coherencia con el pretendido pluralismo epistemológico, que argumentos morales o religiosos deben ser controvertidos con otros argumentos morales o religiosos, respecto a lo cual el mayor o menor peso de los unos o de los otros dependerá de la cosmovisión de cada individuo y de su derecho al ejercicio de su libertad de opinión. Esto conduce a reproducir los peligros de un interés general legitimado por lo que la mayoría decida como conveniente, o a un fuerte subjetivismo que debe ser objeto de protección constitucional como parte de la libertad de pensamiento, de opinión y de conciencia.

El tercer argumento denuncia cómo, con cierta frecuencia, razones morales se escudan en un aparente sentido común para imponer la voluntad de las mayorías al margen de los límites que imponen los principios jurídicos (Böckenforde, 2000, p. 178) y los derechos fundamentales. La razón humana, asumida como universal, inmutable, objetiva y superior a la voluntad del hombre, puede terminar siendo el caballo de Troya para ocultar e imponer la voluntad de las mayorías.

En todo caso, queda claro que en la actualidad no existe una posición epistemológica prevalente sino la confluencia de todas ellas con objeto de lograr una percepción integral del problema en un contexto cultural específico. La perspectiva moral, por ser la que más disensiones ofrece, la dejaremos al margen de esta discusión y nos centraremos en el punto de aproximación lógico y fenomenológico.

3. LA NOCIÓN DE FAMILIA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Las transformaciones culturales impulsadas por la incorporación del Estado social de derecho permiten señalar que en la actualidad el matrimonio no se constituye en un medio necesario para la constitución de la familia, ni la procreación su fin esencial. La dificultad de formular una noción específica de familia aumenta cuando se está frente a un caso de ambigüedad lingüística y pragmática en la medida que diferentes áreas del derecho asumen un significado acorde con su específico objeto de regulación. Así, se tiene una noción de familia en materia de seguridad social, en materia de derecho penal en el régimen de agravantes, en materia de protección a la infancia y la adolescencia,

en materia de protección a la familia frente a la denominada violencia intrafamiliar, etc.

El aumento de mujeres y hombres cabezas de familia, los crecientes índices de orfandad fruto del conflicto armado, la denominada familia putativa⁵, entre otros ejemplos, motivan la ampliación del sentido de la expresión *familia* para incorporar en ella no solo a la pareja conformada por un hombre y una mujer unidos con el ánimo de desarrollar los fines establecidos en el artículo 113 del Código Civil, sino la unión de personas (sin consideración a su sexo) que conviven bajo un mismo techo con el ánimo de auxiliarse mutuamente.

La institución de la familia ha sido definida por la Corte Constitucional 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 miembros o integrantes más próximos”⁶.

Ni la capacidad para procrear ni la heterosexualidad son, de acuerdo con esa definición, características esenciales a la noción de familia. Tanto reconocimiento como familia merece la pareja de ancianos que contraen matrimonio como la madre o el padre cabeza de familia a cargo de sus hijos, como los abuelos que conviven con sus nietos o las

⁵Importante resaltar lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-292 de 2004: “En numerosas oportunidades, la jurisprudencia constitucional –en concordancia con la jurisprudencia de tribunales internacionales tales como la Corte Europea de Derechos Humanos– ha considerado que, cuandoquiera que (i) un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia, y (ii) la afectación de tales vínculos no promueve el interés superior del menor implicado, entonces el ámbito de protección del derecho de tal menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza. En otras palabras: en casos en los cuales se han consolidado lazos de apego entre un niño y su familia de hecho, cuya ruptura amenaza el interés superior del menor y la estabilidad de su proceso de desarrollo, la presunción constitucional a favor de la familia biológica cesa de operar, y se considera, para todos los efectos legales, que el grupo familiar digno de protección constitucional es el constituido por la familia de crianza de dicho menor. Se trata, así, de lazos familiares de hecho que, por su carácter excepcional y su trascendencia para la estabilidad y el desarrollo de los niños implicados, son merecedores de protección constitucional”.

⁶CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 821 de 2005. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

parejas del mismo sexo, en la medida que en cada una de esas situaciones exista un ánimo societario soportado en el deseo de convivir, auxiliarse y desarrollarse como personas. Una noción tradicional de familia que señale al matrimonio como su principal forma de constitución y la procreación como fin esencial al mismo no da cuenta de los problemas sociales, antropológicos, políticos y constitucionales referidos a la noción de familia en el Estado social.

Es claro que el matrimonio no es el único medio de constitución de la familia ni principal objeto de protección constitucional. El matrimonio, civil o católico, es y seguirá siendo la principal forma de constitución de la familia, pero no por ello un medio excluyente de otras vías, por qué no mejores, de conformación de la familia y merecedoras de igual protección constitucional.

Para la Procuraduría General de la Nación⁷, las notas esenciales que justifican la especial protección constitucional del matrimonio son las siguientes: 1. Ser institución jurídica; 2. Ser relación familiar; 3. Ser relación jurídica; 4. Constituirse mediante un vínculo jurídico, único y mutuo; 5. Ser un derecho fundamental; 6. Vincular o unir jurídicamente a un hombre y a una mujer; 7. Generar derechos y deberes entre los cónyuges, y 8. Estar abierto a la procreación, a la educación de los hijos y a la realización de las personas de los cónyuges.

Esas razones, aducidas en defensa del interés de la nación, reflejan una clara confusión entre el matrimonio entendido como medio de constitución de la familia y esta asumida como fin. Se deben entender como una caracterización de los elementos propios del matrimonio y no como un intento por excluir otras formas de conformación de la familia que deben contar con igual protección constitucional.

No es posible negar que el texto del artículo 42 de la Constitución Política privilegia la familia constituida a través del matrimonio. No obstante, consideramos que la deferencia del constituyente por las unio-

⁷Concepto 4876 de 6 de julio de 2010.

nes fruto del contrato matrimonial no puede significar que el principal objeto de protección constitucional es esta forma específica de conformación de la familia y no su resultado: la familia misma. Afirmar lo contrario, esto es, que el objeto de protección es el matrimonio y no la familia, da lugar a la siguiente falacia:

- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad
- El matrimonio *es la única forma* de constitución de la familia
- Es necesario proteger el matrimonio como único medio de constitución de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Una de las maneras de superar esa falacia es a través de la búsqueda de características del contrato de matrimonial que justifiquen una condición privilegiada en relación con otras formas de constitución de la familia. Allí surgen dos preguntas: la primera, como se indicó, dirigida a determinar los elementos o características esenciales del matrimonio en relación con otras formas de constitución de la familia; la segunda, busca inquirir por el peso de esas diferencias a efectos de determinar, a partir de ellas, la razonabilidad de un tratamiento constitucional diferenciado con respecto a otras formas de constitución de la familia. Ambas se abordarán a partir del principio de igualdad.

A partir de lo expuesto, las siguientes ideas pueden sintetizar las relaciones entre *matrimonio* y *familia*:

- Desde nuestra perspectiva, hacer del matrimonio un objeto de especial protección constitucional en razón de su consagración en el texto de la Constitución puede generar un tratamiento diferenciado e injustificado frente a otras formas de constitución de la familia que no alcanzaron el mismo nivel de alusión o consagración en el texto de la Constitución, como podría ocurrir con las uniones maritales de hecho.
- Si el matrimonio es una forma, entre varias, de constituir familia, la razón de su protección constitucional debe estar soportada por su mayor idoneidad para generar, proteger y salvaguardar la familia, y no por el hecho de la sola consagración en el texto de la

Constitución Política. Es claro que para el constituyente el matrimonio es la principal forma de constitución de la familia, pero ese interés no debe impedir un estudio acerca de las características de dicha institución y la idoneidad de las mismas para hacer de él no solo un objeto de protección constitucional sino un especial y prevalente medio de constitución de la familia.

- Las razones aducidas por la Procuraduría General de la Nación para hacer del matrimonio un especial objeto de protección constitucional son las mismas razones que imponen la protección constitucional a otras formas de conformación de la familia. Luego, la consagración en el texto de la Constitución del matrimonio como principal forma de constitución de la familia no es razón para conferirle una mayor protección constitucional en relación con otros medios de constitución de la familia.
- Interpretaciones literalistas del artículo 44 de la C.P. conducen a:
1° Promover el matrimonio como un medio de constitución de la familia de igual o mayor importancia que la familia misma.
2° Traducir una libertad contractual (celebrar matrimonio) en un derecho fundamental a contraer matrimonio.
- Es claro que una situación es la referida al matrimonio como una de las formas de constitución de la familia y otra la afirmación de la familia como institución básica de la sociedad que se puede constituir por varios medios. No se puede incurrir en la falacia construida por la Procuraduría General de la Nación al afirmar que si la familia es una institución básica de la sociedad y el matrimonio es una forma de constituirla, entonces el matrimonio es una institución básica de la sociedad⁸. Ese razonamiento busca extender al matrimonio toda la protección conferida a la familia en detrimento o descuido de otras formas de constitución de la misma.

⁸Son sus palabras: "Si la familia es institución básica de la sociedad y si el matrimonio es una forma de constituir una familia, el matrimonio es, por tanto, una institución, que se cualifica como "básica de la sociedad".

- Resulta llamativo advertir que mientras el constituyente confirió a la familia el carácter de núcleo fundamental de la sociedad, es la misma sociedad la que niega la posibilidad de reconocer la existencia de familia en la unión de personas del mismo sexo. Las razones, insistimos, se soportan en la imposibilidad de que puedan procrear y en la misma definición de familia como la unión de un hombre y una mujer, pero insistimos que si el fin es proteger a la familia, ambos aspectos resultan irrelevantes.

4. LA IGUALDAD

Es notoria la manera como en el contexto internacional y nacional se ha intentado, con mayor o menor éxito, la modificación de la institución del matrimonio a efectos de permitir a la parejas del mismo sexo el uso de esa forma de constitución de la familia. En medio de esa importante reivindicación de derechos nos preguntamos: si el derecho positivo de los derechos humanos y la Constitución Política colombiana reivindican a la familia como la célula fundamental de la sociedad, ¿por qué los esfuerzos se centran en el contrato matrimonial y no en el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a la constitución de familia? En otros términos, ¿qué de particular o especial tiene el matrimonio para asumirlo como principal forma de constitución de la familia y objeto de protección constitucional?

Solo a partir de la determinación de la existencia o no de características esenciales a esa forma de constitución de la familia es posible justificar una especial protección por parte del Estado y legitimar la lucha de las parejas del mismo sexo a ser iguales. Acudiendo a una caracterización con su género próximo (las uniones maritales de hecho) y con apoyo en pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se abordan las diferencias entre esas dos instituciones, se tratará de hallar en el matrimonio esas características esenciales del orden patrimonial o extrapatrimonial en relación con la unión de parejas del mismo sexo.

MATRIMONIO	UNIÓN MARITAL
Vínculo jurídico. El elemento fundamental es el consentimiento dado a través del contrato matrimonial. El consentimiento formalizado es esencia y causa del matrimonio	Vínculo natural
Constitución inmediata con la celebración del contrato	Constitución atada al paso del tiempo
Constituye familia	Constituye familia
Fines de procreación, socorro, ayuda, fidelidad	Iguales fines
Sociedad conyugal	Sociedad patrimonial de hecho
Ritualismo	No hay ritualismo
La ley regula todos los aspectos del matrimonio (requisitos, efectos, obligaciones y derechos entre cónyuges, etc.)	La ley no regula todos los aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales de la unión marital de hecho
Tiene régimen de curaduría para los cónyuges	Se extendió el régimen de tutela y curatela por Sentencia C-1109 de 2000
Se aplica el tipo penal de incumplimiento alimentario	Tienen derecho a alimentos (Sentencias 1033 de 2002 y C-029 de 2009)
La obligación de alimentos se ampara con el delito de inasistencia alimentaria	No se extiende el tipo penal de inasistencia por principio de tipicidad (Sentencia C-014 de 2004)
Da derecho a la nacionalidad por adopción	No da derecho a la nacionalidad por adopción
Pueden constituir patrimonio de familia	Pueden constituir patrimonio de familia
Tienen protección contra la violencia intrafamiliar	Son sujeto de protección frente a la violencia intrafamiliar
La disolución por divorcio requiere declaración judicial de divorcio o notarial si es de mutuo acuerdo	La disolución tiene lugar por la sola voluntad de separarse y el hecho efectivo de la separación
Los cónyuges tienen vocación hereditaria	Los compañeros no tienen vocación hereditaria (Sentencia C-174 de 1996)
Tienen porción conyugal	No tienen porción conyugal (artículo 1016 c.c.)
Poseen causales de indignidad para suceder	No aplican causales de indignidad para suceder
Existe la prohibición de donar	No existe la prohibición de donación
	Igual régimen tributario (Sentencia C-875 de 2005)
	Iguales derechos de sustitución pensional (Ley 100 de 1993) incluso la pensión a la que alude la Ley 446 de 1998 (soldado fallecido en servicio)
	Están exentos de prestar servicio militar de acuerdo con la Ley 1ª de 1945 y la Ley 48 de 1993

Se puede afirmar⁹ que no hay diferencias sustanciales entre el matrimonio y la unión marital de hecho distintas de la forma de constitución de cada una de esas instituciones y al estado civil que de ellas se deriva: el contrato en aquel y la decisión libre en esta, casados en aquel y unión libre en esta. Esas diferencias no justifican un tratamiento desigual en relación con la protección de la familia¹⁰ y a los derechos y deberes de cada miembro de la pareja.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional y la Procuraduría General de la Nación coinciden al señalar que el matrimonio tiene como principal elemento de su esencia la unión jurídica derivada del consentimiento de los cónyuges, a diferencia de la mayor libertad con la que se constituye la unión marital de hecho. La característica esencial recae, pues, en la forma en que el hombre y la mujer otorgan su consentimiento. La formalidad en la constitución del lazo jurídico puede ser un elemento importante para determinar los efectos patrimoniales derivados del vínculo conyugal, pero frente a las consecuencias extrapatrimoniales (adopción y constitución de familia) no puede ser considerado como razón suficiente para otorgar, de manera excluyente, una especial protección constitucional al matrimonio.

No obstante, en el cuadro se advierten tantas diferencias como similitudes entre el matrimonio y la unión marital de hecho. Agruparemos las mismas a partir de dos criterios: patrimoniales y extrapatrimoniales a efectos de determinar la presencia de algún (os) elemento (s) propio (s) de la institución matrimonial que legitime (n) un trato desigual o privilegiado frente a otras formas de constitución de la familia, para luego evaluar la razonabilidad o no del (de los) mismo (s) en relación con las parejas del mismo sexo.

⁹ Con apoyo en algunas sentencias, como la C-105 de 1994 (M.P.: Jorge Arango Mejía); C-098 de 1996 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz); C-533 de 2000 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa); C-1033 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño).

¹⁰ "Independientemente de la forma como se constituya la familia, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (art. 42 C.P.), el Estado garantiza su protección integral dada la necesidad de mantener la armonía y la unidad entre sus miembros por ser ella el fundamento de la convivencia social y de la paz [...]". Corte Constitucional. Sentencia T-190 de 1993. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Bajo una perspectiva patrimonial encontramos, en términos generales, que existe una equiparación entre los efectos patrimoniales de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, los que se pueden extender a las parejas del mismo sexo sin necesidad de que constituyan matrimonio. Empero, es importante resaltar que las uniones maritales poseen algunas diferencias patrimoniales en relación con la sociedad conyugal que se pueden considerar favorables:

- a. Mientras que los bienes muebles entran en la sociedad conyugal (excepto si se pactan capitulaciones), en el régimen de la sociedad patrimonial los bienes muebles existentes al inicio de la misma son de cada compañero.
- b. En el matrimonio, la sociedad conyugal se constituye por el solo vínculo matrimonial y los bienes ingresan “automáticamente” a esa sociedad independientemente de los aportes de cada cónyuge; en el régimen de la unión marital, la sociedad patrimonial es el resultado de un esfuerzo conjunto.
- c. Los gananciales se distribuyen en la sociedad conyugal en proporciones iguales; la distribución de los bienes en la sociedad patrimonial es en proporción al esfuerzo de cada uno de los compañeros.

Frente a los acá denominados criterios extrapatrimoniales se puede señalar que tanto el matrimonio como la unión marital de hecho comparten las siguientes características: ambas constituyen familia, tienen reconocimiento jurídico, comparten los fines de convivencia, procreación y apoyo mutuo, generan obligaciones y derechos para cónyuges y compañeros.

En relación con las parejas del mismo sexo, aplicando los mencionados criterios patrimoniales y extrapatrimoniales, se puede señalar lo siguiente: respecto de los efectos patrimoniales no existen diferencias entre la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes y la sociedad patrimonial derivada de la unión entre parejas del

mismo sexo en atención a que por Sentencia C-075 de 2007 se extendió el régimen patrimonial establecido en la Ley 54 de 1990 a las parejas del mismo sexo. No obstante, las mencionadas ventajas patrimoniales de los compañeros permanentes no se podrían extender a las parejas del mismo sexo si estas buscan el mismo trato de las parejas unidas en matrimonio en aplicación del principio de igualdad.

Igualmente, mediante Sentencia C-029 de 2009 se reconocieron importantes efectos jurídicos de las uniones maritales de hecho a las parejas del mismo sexo al declarar que la expresión “compañero permanente” establecida en varios enunciados jurídicos del ordenamiento se debe extender a las parejas del mismo sexo. En esta sentencia se señala que no existe una obligación constitucional, a modo de regla general, que imponga el mismo tratamiento entre las parejas de heterosexuales y las de homosexuales¹¹, pero se impone el estudio de cada caso concreto a efectos de determinar la existencia de razones que exijan un tratamiento similar, sin desconocer que las parejas de homosexuales pueden constituir unión marital de hecho¹².

Bajo los criterios extrapatrimoniales, existe la opinión que ni el matrimonio ni la unión marital de hecho poseen, con excepción de las diferencias que se extraen de la definición de aquel en el Código Civil (la condición de homosexuales y la imposibilidad de procrear), un criterio de distinción que justifique un tratamiento diferenciado. La heterosexualidad y la aptitud para procrear no son elementos impuestos por el legislador sino por la institución misma del matrimonio, por lo que

¹¹“En la medida en que existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras, lo que implica que para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria. No cabe, en consecuencia, un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución, requiriéndose, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria).

¹²En la Sentencia C-856 de 2007 señaló la Corte Constitucional que las parejas de homosexuales “pueden constituir uniones maritales de hecho cuando hagan una comunidad de vida permanente y singular”.

resulta difícil hablar de una discriminación. Examinemos brevemente estas dos razones que impiden extender el matrimonio a parejas del mismo sexo:

- a. Si la procreación (finalidad que no es sustancial o inherente a la institución de la familia) es la principal razón para la protección del matrimonio, este solo puede ser autorizado a parejas heterosexuales como las únicas frente a las que se puede afirmar su idoneidad o aptitud natural para concebir. Si la razón de la protección no es la procreación debido a circunstancias que impidan a la pareja procrear o por la decisión libre de no tener hijos, el objeto de protección constitucional no debe ser el matrimonio sino la familia. A su vez, este extiende su ámbito de salvaguardia a otros vínculos diferentes del matrimonio constituidos con el solo ánimo de unirse responsablemente.

Es innegable que la noción de familia implica, dentro del imaginario social, la aptitud para tener hijos, pero es cierto igualmente que tener hijos no es un aspecto esencial a dicha institución, esto es, no deja de existir familia si la pareja decide no tener hijos o, simplemente, no puede tener hijos y en su lugar desean adoptar. Hacer de la condición natural para procrear la razón de la familia sería afirmar que la madre soltera con su hijo no es familia, que la pareja de ancianos que conviven bajo un mismo techo no es familia, que la pareja que decidió no tener hijos no es familia o que la pareja que decidió adoptar, en la medida que no procrearon el hijo adoptivo, tampoco constituye familia. Si el fin es proteger los vínculos afectivos, promover el desarrollo de la pareja, fortalecer el auxilio mutuo y la solidaridad, al margen de la posibilidad de procrear, es necesario amparar la decisión responsable de las parejas del mismo sexo de constituir familia.

El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, definió el matrimonio como un contrato que se celebra con tres propósitos: la convivencia, la procreación y el auxilio mutuo. Sin duda, la pareja de homosexuales puede alcanzar dos de esos fines pero

no el de la procreación. Pero, como se ha insistido, si el matrimonio tiene por fin u objetivo la constitución de la familia, esta no puede estar condicionada a la capacidad de procrear de la pareja. Se puede afirmar que la imposibilidad de procrear se puede superar con el reconocimiento del derecho a la adopción, pero, sin perjuicio de algunas reflexiones que se formularan al respecto, consideramos que primero se debe definir o concretar el derecho de los homosexuales a celebrar matrimonio o a la conformación responsable de una familia y, una vez adoptadas las respectivas conclusiones, se podrá abordar el tema de la adopción.

Si se considera que el fin principal o esencial del matrimonio es la procreación, no es necesario forzar argumentos frágilmente soportados en el principio de igualdad ante la ley para extender los efectos de esa figura a las parejas del mismo sexo ante la evidencia de que los homosexuales no pueden procrear; pero si el fin de las parejas del mismo sexo es constituir familia, la coincidencia de sexo en la pareja no es razón para afirmar que no son familia o que no poseen la actitud para tomar la decisión responsable de fundarla y ser titulares de los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges independientemente de la forma de constitución de la familia.

- b. Heterosexualidad: Basta con recordar que la misma Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-798 de 2008 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño) que “el criterio de la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja”, esto es, si la diferencia de sexo no es razón para una tratamiento diferente en aspectos patrimoniales, es posible acudir al argumento *a fortiori* en su modalidad *a minus a maiore* para señalar que se impone una protección similar en aspectos no patrimoniales en los que la diferencia de sexo no se considera sustancial, como sería con la aptitud para procrear.

El complejo universo de valoraciones que otorgan mayor o menor peso a la diferencia de sexo y a la aptitud para procrear, amparadas todas en argumentos tanto racionales como razonables y que dan lugar a una fuerte fragmentación de la opinión pública, invitan a considerar alternativas diferentes de la reforma a la institución del matrimonio, para en su lugar explorar otros medios para la conformación de la familia por parejas del mismo sexo. A modo de pregunta: ¿Por qué no dejar intacta la noción de matrimonio y analizar la posibilidad de otra (y mejor) forma de constitución de familia a favor de las parejas del mismo sexo?

No se trata de negar los derechos de las parejas del mismo sexo; todo lo contrario, se busca advertir que ellas pueden obtener más beneficios mediante la lucha por el reconocimiento de sus diferencias que a través de la igualdad. Estamos a favor del derecho, este sí fundamental, de las parejas del mismo sexo a la constitución de una familia, pero en atención a la deferencia que los tratados internacionales y el artículo 42 tienen por la institución del matrimonio como principal forma de configuración de la familia, a que las parejas del mismo sexo no cumplen con las condiciones establecidas por la institución matrimonial, a que esta forma de constitución de la familia no posee elementos sustanciales del orden patrimonial o extrapatrimonial que justifiquen un tratamiento diferenciado, es oportuno procurar por la reivindicación de sus derechos por un medio que resuma tanto las ventajas del matrimonio como de la unión marital de hecho.

En nuestra opinión, si el legislador no prohíbe expresamente la constitución de la familia por medio de otras formas diferentes del matrimonio y, a su vez, esta institución no posee características que legitimen un trato privilegiado con respecto a otros medios de conformación de la familia, no discrimina ni infringe el derecho a la igualdad al definir el matrimonio en la forma establecida en el artículo 113 del Código Civil. La discriminación tendría lugar si señala expresamente en una norma que en relación con el derecho a constituir una familia el único medio es el matrimonio entre un hombre y una mujer

o si otorga privilegios injustificados en detrimento de otras formas de constitución de la familia.

5. EL DERECHO A LA CONSTITUCIÓN DE UNA FAMILIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A TENER UNA FAMILIA

Tres son las ideas que se desean destacar frente al derecho fundamental de las personas a constituir una familia: a. El objeto de protección de ese derecho fundamental es la familia y no el matrimonio, pues este es solo un medio de constitución de la familia; b. Si se trata de un derecho fundamental, su ejercicio no puede estar condicionado a la celebración del contrato matrimonial. Lo fundamental debe ser el derecho a la familia y no uno de los medios de constitución (el matrimonio); c. Como derecho fundamental es inherente a la persona, a todas las personas, sin distinción de raza, sexo, ideología o cualquier otra categoría sospechosa.

El derecho fundamental se predica como facultad de las personas a constituir familia al margen de la posibilidad de celebrar contrato matrimonial¹³. Atar la constitución de la familia al contrato matrimonial podría conducir a abusos de la teoría de los derechos fundamentales en la medida que se convierte una libertad contractual en un derecho fundamental. Si existe el derecho fundamental a tener una familia (no a casarse), ¿con fundamento en qué razones de índole superior (constitucionales, principios jurídicos o derechos fundamentales) se podría excluir del ejercicio de ese derecho fundamental a las personas homosexuales?

¹³La Corte Constitucional definió la familia 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 miembros o integrantes más próximos” (Sentencia C - 821 de 2005, M.P.: Rodrigo Escobar Gil). A su vez, la escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla señala: “Toda persona humana tiene el derecho fundamental a casarse o a formar un familia, con la sola condición de que pueda expresar una decisión libre, es decir, capacidad para hacer una elección propia de su pareja”.

Si se reconoce que el derecho a la constitución de una familia es fundamental, resulta extraña la clave con la que se interpretan los instrumentos internacionales que hacen referencia al matrimonio¹⁴. Es cierto que estos tratados aluden al matrimonio como un derecho de todos los hombres y de todas las mujeres, pero resulta difícil concluir que lo hacen en defensa como medio único o excluyente para la constitución de la familia. La especial mención al matrimonio no encuentra otra razón que su vínculo con la familia como el principal o más común medio de constitución.

En relación con los documentos configurativos del denominado derecho positivo de los derechos humanos es necesario señalar lo siguiente:

- a. Los derechos en ellos consagrados se extienden A TODAS LAS PERSONAS¹⁵.

¹⁴La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (art. 16.1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado por Ley 74 de 1968, señala: "El derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello"; en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 17.2) se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello en las leyes internas, en la medida que en que estas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención).

¹⁵Señala la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político señala en sus artículos 3 y 26: Artículo 3: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto". Art. 23: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello". La Convención Americana de Derechos Humanos señala en su artículo primero: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" A su vez, su artículo 17 indica: "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 si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención". Artículo 26: "Todas las personas

- b. La finalidad de ese marco normativo internacional es proteger el derecho a la fundación de la familia y a la protección de la misma como núcleo básico de la sociedad. El matrimonio, en ese contexto, se debe asumir como un medio para la promoción de la familia, más que como un objeto de protección autónomo o independiente de la familia.
- c. Si bien esos tratados hacen referencia al matrimonio, ello no excluye otras formas de configuración de la familia. Ello confirma la inquietud inicial acerca de la necesidad de “desmatrimonializar” la discusión en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo.
- d. Una protección especial del matrimonio solo se justifica en la medida que con ese medio se promuevan mejores condiciones de desarrollo del individuo y de la institución familiar en relación con otros medios de constitución de la misma.

Resulta paradójico que al mismo tiempo que se afirma que el matrimonio es un derecho fundamental consagrado en el artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, de otro lado se acuda a interpretaciones textualistas de ese mismo artículo para afirmar que solo es un derecho que puede ser ejercido solo entre hombres y mujeres y no por todas las personas. Insistir en el matrimonio como derecho fundamental promueve dos situaciones ajenas al ordenamiento jurídico: la existencia de un derecho fundamental que solo se puede ejercer en atención a la condición de género y no en razón de la calidad de persona y el otorgamiento de la condición de derecho fundamental a la celebración del contrato matrimonial y no a la constitución de la familia. Erigir el matrimonio como derecho fundamental es darle el mismo nivel de importancia a su fin que es la familia. Ahora, si se persiste en la interpretación literal del artículo 16.1, ello no excluye la posi-

son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

bilidad de hablar de otros tipos de unión que no se llamen matrimonio, pero de los cuales se deriven igualmente derechos y obligaciones.

Si la decisión de fundar una familia es expresión de la autonomía personal, resulta complejo reducir el ámbito de ejercicio de esa libertad a los espacios propios del matrimonio. La realización de un proyecto de vida común, con vocación de permanencia, con deberes de fidelidad, solidaridad y asistencia mutua, no pueden ser considerados como fines exclusivos del contrato matrimonial y ajenos a otro tipo de uniones¹⁶.

En conclusión, el derecho de las parejas del mismo sexo a unirse con el ánimo responsable de constituir familia no existirá –para quienes creen que no existe– ni dejará de existir –para quienes estamos convencidos que les son propios– por la modificación que haga o no la Corte Constitucional al artículo 113 del Código Civil o por alguna eventual reforma que realice el legislador al artículo 42 de la Constitución Política. La defensa de los derechos de esas parejas no se debe asumir a partir de una lectura del artículo 113 dirigida a demostrar la existencia de una omisión legislativa, sino a través de acciones positivas del Estado encaminadas a reconocer el derecho de esas parejas a la diferencia mediante la promoción de uniones que posean los mismos derechos y garantías existentes tanto en el matrimonio como en la unión marital de hecho.

6. LA ADOPCIÓN: ¿EN DEFENSA DE LA MORAL SOCIAL O DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR?

El derecho fundamental a tener una familia en cabeza de los menores nos remite al tema de la adopción como medio efectivo para la protección del mismo. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-814 de

¹⁶Lo contrario consideró la Procuraduría General de la Nación en su concepto n° 4876 de 10 de julio de 2010: “El reconocimiento de la condición de “pareja” a las uniones homosexuales no ha implicado –hasta la fecha en la que se rinde este concepto– otorgarle a esa relación carácter de matrimonio ni de familia, aunque se acepte que en esta clase de parejas exista una ‘comunidad de vida permanente y singular’”.

2001, negó la posibilidad de la adopción a las parejas de homosexuales aduciendo como argumentos principales los siguientes:

La disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de la unión familiar.

Y continúa:

Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hacen prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad.

[...] Pudiera decirse que en la tensión que se presenta entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los pretendientes adoptantes, quienes aspiran a ser padres, y el derecho de los menores a la educación moral, la Constitución misma se decide por la prevalencia de este último (Art. 44 de la Constitución Política), y de todos los demás derechos

que están ínsitos en la condición de hijo de familia. A juicio de la Corte, la norma acusada garantiza esta prevalencia y en este sentido es un desarrollo constitucional.

Frente a esas razones consideramos necesario expresar las siguientes ideas:

1. Resulta difícil aceptar que el estudio del interés superior del niño, representado en su derecho a tener una familia, se reduzca a una noción de familia que el mismo constituyente, secundado por la Corte Constitucional, consideran con mérito único y excluyente en relación con otras formas de conformación de la familia.
2. Dada la realidad colombiana, que refleja crecientes índices de orfandad a causa del conflicto armado, de la violencia intrafamiliar, de la pobreza, entre otras, ¿se puede afirmar que el interés prevalente del menor se reduce, como lo señala la Corte Constitucional, a la protección de su formación moral? ¿Dónde queda su derecho a tener una familia, al cuidado y al amor como mandatos constitucionales? ¿Por qué la Corte Constitucional reduce a razones morales la protección del interés prevalente del menor a tener una familia, al cuidado y al amor? Estas preguntas recuerdan las tres razones por las cuales se dejó de lado fundamentaciones axiológicas, en la medida que con ellas se puede promover el imperio de la voluntad de las mayorías.

Acudir a la moral social es una de las vías que la estimativa jurídica brinda para resolver, básicamente, el problema referido a las relaciones entre la moral y el derecho, pero no se puede asumir como argumento válido sin tener presentes los problemas que denuncia la filosofía política: ¿cómo determinar la correspondencia entre la moral pública y el interés social? ¿Quién es el intérprete legítimo de esa moral pública? ¿Qué criterios existen para realizar una “lectura” de esa moral pública? ¿Cómo se resuelven las tensiones entre esa moral pública y los intereses de las minorías? ¿Cómo evitar que esa moral pública se traduzca en un imperio de las mayorías en contra de la protección o manifestación legítima de la voluntad de las minorías?

3. En aras de la discusión se puede aceptar que algún trato especial en favor del matrimonio no representa, *per se*, una discriminación; pero ello no exime del deber de analizar si los medios y las razones para ese trato diferencial resultan acordes con el ordenamiento constitucional a la luz de otros fines objeto de protección (el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y el derecho de los menores a tener una familia estable, al amor y al cuidado). Aun si se considera que la diferenciación de sexos o la procreación es un elemento esencial al matrimonio¹⁷, esas dos condiciones no impiden la posibilidad de pensar en otra forma de constitución de la familia que confiera los mismos derechos y deberes que se desprenden del matrimonio y donde la diferencia de sexo y la procreación no sean elementos sustanciales.
4. Generalmente se acude a un argumento de autoridad científica según el cual la mayoría de estudios demuestran que la adopción de niños por parte de parejas de homosexuales no afecta su desarrollo psicológico. No acudiremos a este tipo de razones para demostrar el derecho a la adopción en la medida que uno solo de esos estudios que advierta la posible afectación del menor exige acudir a otros razonamientos en la medida que criterios cuantitativos (un número mayoritario de estudios) no pueden ser determinantes al momento de definir el tema de la adopción por parejas del mismo sexo. Si se desea proteger efectivamente el interés prevalente del menor, no basta con acudir a las conclusiones de la mayoría de los estudios mientras existan otros que señalen algunos riesgos que pueda sufrir el menor.
5. Otra de las razones que con frecuencia se aducen en contra de la adopción es el rechazo o discriminación social de la que será sujeto el menor por tener dos papás o dos mamás. Esta consideración se traduce finalmente en dos situaciones, que lejos están de ser coherentes con los fines constitucionales:

¹⁷Señala la Procuraduría: “La diferenciación sexual que se da entre los cónyuges resulta, por tanto, una cuestión esencial al matrimonio y tiene como fundamento que la dimensión sexuada pertenece a la totalidad de la persona”.

- a. Es la misma sociedad la que decide, en medio de su incapacidad para aceptar la diferencia, que es mejor tener a un niño huérfano que someterlo a la discriminación social.
- b. Es la misma sociedad la que, de un lado, afirma su compromiso con la defensa de los derechos de los niños, que además son prevalentes sobre los derechos de los demás, pero al mismo tiempo niega su derecho fundamental a tener una familia.

El problema de la discriminación es un reflejo de la incapacidad de la misma sociedad para respetar las diferencias, cuyas causas y soluciones son imputables y exigibles únicamente a la misma sociedad y los menores no tienen por qué sufrir por sus incoherencias o imperfecciones. No es fácil entender cómo la sociedad se une en torno a la protección de los menores buscando la adopción de la pena de cadena perpetua para ciertos delitos, en clara oposición al principio de proporcionalidad, de lesividad, y otros principios jurídicos, y a la vez niega, en nombre de ese mismo interés prevalente del menor, su derecho fundamental a tener una familia, al cuidado y al amor establecidos en el artículo 44 de la Constitución Política y en el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006.

6. En aras de la discusión reconozcamos, por un instante, que no es posible la adopción de menores por parejas de homosexuales en virtud de la afectación que pueda sufrir en su desarrollo psicológico. Estamos frente a dos males derivados de la misma causa: la negación de la adopción ante la eminente discriminación social o la aceptación de la misma con la posibilidad de afectación de la identidad sexual del menor, de su integridad moral o la generación de otro tipo de daños. En esta situación resultan pertinentes las palabras de Aristóteles cuando señala en su *Ética a Nicómaco* que se hace el bien cuando en medio de dos males se prefiere el menor de ellos: “[...] El mal menor parece ser, también en cierto sentido, un bien” (2003, p. 114).

La elección del mal menor está condicionada a su mayor cercanía con los fines constitucionales de promover el derecho fundamental a la familia y proteger la misma como núcleo básico de la sociedad o, en otros términos, por el menor nivel de afectación de esos fines. Si se acepta que el fin primordial es procurar por el ejercicio efectivo del derecho fundamental a tener una familia, no es posible negar el mismo en virtud de la eventualidad de una posible afectación psicológica del menor. ¿Acaso la condición de orfandad no puede generar iguales o mayores riesgos que los derivados de la condición de hijo de dos mamás o de dos papás?

En síntesis, el tema de la adopción es necesario, en nuestra opinión, abordarlo bajo el prisma de los derechos del menor y no bajo la óptica del derecho de los homosexuales a adoptar. Mientras que la adopción de menores por parejas del mismo sexo se estimó inconstitucional de acuerdo con las razones expuestas en la Sentencia C-814 de 2001, ello no impide argumentar dicha posibilidad a partir de los derechos fundamentales del menor a tener una familia estable, al amor y a la protección, consagrados en el artículo 44 de la C.P. Luego, si existe esta consagración constitucional, y a su vez se señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, ¿no son estas razones suficientes para sostener que la discusión en torno a la adopción debe procurar la defensa de ese derecho fundamental del menor y no la defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo?

CONCLUSIONES

- a. Resulta complejo hablar, en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo a constituir familia, de una infracción al principio de igualdad, en la medida que el matrimonio es solo una de las formas de constitución de la misma. El contrato matrimonial no posee, tanto desde criterios patrimoniales como extra-patrimoniales, un elemento sustancial o relevante que imponga razonablemente la extensión de derechos a favor de las parejas del mismo sexo imprecando el principio de igualdad.

- b. Es necesario *desmatrimonializar* la discusión en torno a la posibilidad de aceptar el derecho de los homosexuales a la unión responsable con el ánimo de constituir familia. Significa lo anterior que es necesario desligar la unión entre homosexuales de la definición de matrimonio del artículo 113 del Código Civil o de familia en el texto del artículo 42 de la C.P.
- c. El tema de la unión entre parejas del mismo sexo no es un asunto sintáctico sino pragmático. Más allá de la definición de matrimonio, las parejas del mismo sexo ya existen, y lo que se debe es promover el respeto y protección de la familia por ellas conformada. Si el fin, más allá de promover un derecho al matrimonio, es la lucha por el reconocimiento de su unión como factor constitutivo de familia, no es necesario pensar en reformas a la definición del matrimonio sino en la promoción de otros medios en favor de la unión de parejas de homosexuales que responsablemente deciden constituir la.
- d. Resulta paradójico que al mismo tiempo que se reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad se niega la posibilidad de su constitución por parejas del mismo sexo por medios diferentes del matrimonio bajo consideraciones iusprivatistas soportadas en el contrato matrimonial (norma de orden público que solo pueden ser modificadas por el legislador), naturalistas (solo pueden procrear las parejas conformadas por un hombre y una mujer) o teleológicas (el fin del matrimonio es conservar la especie).
- e. Los derechos de los menores a tener una familia es prevalente sobre los derechos de los demás y es un fin que se impone al interés general. Así, no se pueden aducir razones morales para afirmar que las parejas del mismo sexo no pueden adoptar cuando fungen de medios para el ejercicio efectivo de ese derecho fundamental.

REFERENCIAS

- Aarnio, A. (2000). *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social* (2ª ed.). Trad. Pablo Larrañaga. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México: Fontamara.
- Aristóteles (2003). *Ética a Nicómaco* (2ª ed.). Trad. Vicente Gutiérrez. Madrid: Mestas ediciones.
- Atienza, M. (1997). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barreiro Carámbula, I. (2009). La familia y el derecho natural. En *Cuestiones fundamentales de derecho natural. Actas de las III Jornadas Hispánicas de Derecho Natural*. México, 2008. Madrid: Marcial Pons.
- Böckenförde, E. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta.
- Perelman, Ch. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas.
- Ferrajoli, L. (2008). La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos. En *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Hart, E. J. (1997). Democracia desconfianza. *Una teoría del control constitucional*. Trad. Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Kriele, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. Trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma.
- Nino, C. (1994). *Derecho, Moral y Política*. Barcelona: Ariel.
- Peces-Barba, G. (1993). *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- plazas, V. M. (2009). *Del realismo al trialismo jurídico. Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial* (2ª ed.). Bogotá: Temis.
- Robles, G. (1988). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Debate.
- Vigo, R. L. (2004). *Interpretación Constitucional* (2ª ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón Abellán (2ª ed.). Madrid: Trotta.