

*Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo**

Sergio Estrada-Vélez**

Recibido: marzo 10 de 2011

Aprobado: mayo 2 de 2011

Resumen

El presente artículo pretende abordar dos temas conexos como son el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de adopción en parejas de homosexuales, a través de dos argumentos principales: el reconocimiento del derecho a ser diferentes y el derecho fundamental del menor a tener una familia. Con ello se busca dejar de lado el principio de igualdad como principal argumento de defensa y cuestionar la cosa juzgada establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-814 de 2001 (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, 2001), en la que se determinó, en defensa del interés prevalente del menor, la inconstitucionalidad de la adopción entre parejas del mismo sexo por ir en contra de la moral social y del tipo de familia establecido por el constituyente, declarando en consecuencia exequibles las expresiones "moral" y "La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años", establecidas en los artículos 89 y 90 del decreto 2737 de 1989 o Código del Menor (derogado por la ley 1098 de 2006). Para ello se acude al denominado test integrado de proporcionalidad a efectos de determinar, desde estas dos situaciones prácticas, las bondades e inconvenientes de la ponderación. Tiene, así, dos fines: uno teórico dirigido a analizar la ponderación y otro práctico que es su puesta en marcha en nuestra compleja realidad social.

Palabras clave: adopción, ponderación, matrimonio homosexual, potestad de configuración legislativa.

* El presente trabajo forma parte de otro de mayor extensión titulado: *Familia, matrimonio y adopción: al otro lado del jardín. Algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo y de los menores a tener una familia*, presentado en el V Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado por la Universidad de Antioquia, Medellín, septiembre 23, 24 y 25 de 2010. Ambos trabajos son resultado de la investigación *Los principios jurídicos en el ejercicio de la función jurisdiccional en la actualidad*, concluida y 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; especialista en Argumentación Jurídica; Diploma de Estudios Avanzados Universidad de León (España); autor de los textos: *La excepción de principalidad*, *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, *Principios y valores en el Estado social y constitucional de derecho colombiano*. Correo electrónico: siestrada@udem.edu.co

Two consideration exercises related to marriage and adoption by same-sex couples

ABSTRACT

This article is intended to tackle two related topics such as marriage between same-sex people and their possibility to adopt through two main arguments: recognition to their right to be different and children's right to have a family. With this, the equality principle is intended to be left aside as the main defense argument and to question the claim preclusion (*res judicata*) established by the Constitutional Court in 2001 Sentence C-814 (Constitutional Court, 2001 Sentence C-814) by means of which unconstitutionality of adoption by same-sex couples was decided as a search for the children's best interest, since it was against both social morals and the kind of family established by partner; therefore, this sentence declared expressions such as "morals" and "a couple consisting of a man and a woman capable of proving an uninterrupted coexistence of at least three (3) years" as enforceable, as stated in Articles 89 and 90 of Decree No. 2737, 1989 or Children's Code (revoked by Law 1098, 2006). For this purpose, the so called integrated proportionality test is used in order establish, from those two practical situations, pros and cons of this consideration. The test has then two intentions: a theoretical one intended to analyze consideration and a practical one: its operation in our complex social reality.

Key words: Adoption; consideration; gay marriage; legislative right

Introducción

La hipótesis de trabajo parte de una idea que, en apariencia, no arroja algo nuevo al debate acerca de la posibilidad o no del matrimonio homosexual y el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción. Ahora, en lugar de acudir al generalizado argumento de la igualdad como principal razón para rogar el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y a adoptar, se aludirá al derecho fundamental a ser diferente y, en desarrollo del mismo, a que se reconozca un medio de constitución de la familia que no sea el contrato matrimonial. Conexo con el anterior tema, se asumirá 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 cuidado.

Pasar de una defensa del derecho al matrimonio entre homosexuales a partir de la igualdad, a la protección de la unión entre los mismos con el fin de constituir familia por un medio diferente al matrimonio, así como del derecho a la adopción como derecho de las parejas del mismo sexo, al derecho del menor a tener una familia, más que un giro lingüístico representa, como se demostrará, un cambio en los criterios de determinación de los fines objeto de protección en el desarrollo del test de proporcionalidad.

Se desea recordar que uno de los aspectos más frecuentemente olvidados en las discusiones sobre temas de gran impacto social es el desconocimiento de un mínimo marco político dentro del cual se deben desarrollar, que es precisamente el establecido por el artículo 95 de la Constitución Política cuando señala como deberes de las personas y de los ciudadanos respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios ...

Se desea recordar que uno de los aspectos más frecuentemente olvidados en las discusiones sobre temas de gran impacto social es el desconocimiento de un mínimo marco político dentro del cual se deben desarrollar, que es precisamente el establecido por el artículo 95 de la Constitución Política cuando señala como deberes de las personas y de los ciudadanos respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios así como defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica (República de Colombia, 1991).

Es claro que una característica esencial del Estado de derecho es la posibilidad de limitar toda expresión de poder a partir de una norma del ordenamiento (Peña, 1997). En ese modelo no puede existir expresión de poder alguna exenta del control impuesto por el derecho. Aun la voluntad del pueblo como titular de la soberanía debe estar sometida al derecho, al menos en sociedades que se estiman respetuosas del sistema democrático.

Así, la discusión acerca de lo que se estima como conveniente en relación con la unión entre parejas del mismo sexo o el derecho del menor a tener una familia son aspectos que deben consultar no solo el interés general sino las limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico a ese interés general (Sánchez, 1957).

Con frecuencia se olvida que uno de los baremos para determinar el nivel de madurez política y la legitimidad de las instituciones radica no solamente en el ejercicio efectivo de la fuerza sino en la capacidad de la sociedad, y de cada uno de sus integrantes, para evitarlo a través de la persuasión y concertación políticas, teniendo presente que el fortalecimiento de la democracia es directamente proporcional al respeto por la diferencia y por los derechos de las minorías. La actitud de nuestra sociedad frente al respeto de la diferencia se puede representar en el siguiente gráfico:

CALVIN Y HOBBS

Por Bill Watterson



Fuente: Watterson (2010, 16 de agosto, p. 4C).

1. Algunas reflexiones acerca del test de proporcionalidad

La incorporación del Estado constitucional y social de derecho implicó una transformación en el razonamiento jurídico en la medida que ingresan normas denominadas *principios*. El paso de la racionalidad propia de las reglas a la razonabilidad en la aplicación de los principios representó un aumento de la discrecionalidad judicial. El mayor protagonismo de la función judicial motivó la implementación de la ponderación como un método dirigido a determinar pautas básicas en la aplicación de los principios jurídicos y la concreción de la denominada regla adscrita o implícita con la que se solucionará el caso concreto.

La ponderación es, en términos generales, un procedimiento dirigido a definir, en caso de conflicto entre principios o de derechos fundamentales y dadas unas circunstancias específicas, el mayor peso de un principio frente a otro principio, esto es, las condiciones de precedencia que permiten hablar de la mayor jerarquía dinámica (en el sentido de que es sólo un estudio a partir de casos o problemas jurídicos concretos), de un principio sobre otro principio. Se considera como un mecanismo a través del cual se concreta la proporcionalidad

o el grado de afectación legítima de un derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro principio o derecho fundamental. Es (o intenta ser) un medio de concreción o demostración de la razonabilidad de una interpretación y de confrontación entre medios y fines, que se desarrolla a través de tres pasos:

- Adecuación: busca definir todos los medios que resulten aptos o idóneos para la promoción o protección del derecho.
- Necesidad: busca definir, entre los medios adecuados, el que mejor proteja el fin que se busca promover.
- Proporcionalidad en sentido estricto: busca determinar que ese medio necesario guarde coherencia con el ordenamiento jurídico.

Básicamente se puede señalar que son dos las posiciones que sintetizan la discusión referida a los inconvenientes o bondades del uso de la ponderación: la primera indica que representa un aumento ilimitado de la discrecionalidad a niveles que pueden rayar con la arbitrariedad (García, 2007; Guastini, 1999). La segunda defiende que la ponderación, con auxilio de la argumentación, presta importante ayuda a la disminución o limitación de la discrecio-

nalidad judicial. Esta posición es la asumida, con algunos matices, por Alexy (1993), Bernal (2007) y Prieto (2007).

Nos adherimos a la posición de quienes señalan que la ponderación no es el medio para determinar una única respuesta correcta sino una vía, entre otras, para delimitar lo que debe ser el objeto de decisión. Esto es, no busca fijar la decisión del juez sino delimitar el tema sobre el cual debe decidir el juez. En otro escrito hicimos referencia a la facilidad con la que en ejercicio de la ponderación se puede pasar de un desarrollo legítimo de la discrecionalidad a la expresión de la arbitrariedad judicial (Estrada, 2010).

La mayor o menor racionalidad en el ejercicio de la ponderación estará determinada por el cumplimiento de varios criterios (Bernal, 2005), entre los que resaltamos: el de saturación, según el cual se deben formular todos los fines y todos los medios que van a ser evaluados a partir de criterios de adecuación y necesidad; y el de coherencia teórica, normativa y argumentativa que se erige en fundamento de la fuerza vinculante del precedente¹.

A su vez, el test de igualdad es una ponderación establecida para evaluar la razonabilidad de un trato diferenciado entre dos sujetos que están en una situación similar y que parece imponer un trato igualitario. Se desarrolla en tres pasos: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Adecuación entendida como la *aptitud* del medio para satisfacer el principio de igualdad, esto es, su idoneidad o eficacia; la necesidad como la inexistencia de otros medios que promuevan de mejor medida o de manera eficiente la protección de la igualdad, y la proporcionalidad en sentido estricto como la

¹ Por coherencia normativa se entiende el deber de emplear argumentos que respeten los principios jurídicos del ordenamiento; la coherencia conceptual hace referencia a la correspondencia que debe existir entre el argumento empleado y una teoría jurídica que tenga en cuenta sus transformaciones con el paso del Estado liberal al Estado social y constitucional de derecho; la coherencia argumentativa es la obligación de emplear las proposiciones de igual manera en casos similares.

correspondencia de ese medio con la normativa constitucional.

Tanto la ponderación en general como el test de igualdad exigen previamente la determinación del fin a proteger. La razón es lógica: no son los medios los que deben condicionar el fin sino que es éste el que debe delimitar los medios. Esto es, el estudio de los medios debe ser realizado a la luz de los fines amparados por el ordenamiento jurídico y que deben ser definidos en el caso concreto por quien pondera. Por ejemplo, el estudio de la razonabilidad de la norma que impone una multa de tres salarios mínimos a quien fume no es el mismo si la finalidad es reducir el índice de personas con cáncer de pulmón adquirido en calidad de fumadores pasivos o si el propósito es proteger el medio ambiente.

Se tiene, pues, que tanto la fijación de los fines a proteger como la evaluación del conflicto entre principios le corresponde a quien realiza la ponderación. Ocultar o elegir el fin al margen de otros fines que pueden tener mejor mérito para su amparo constitucional o hacer real un aparente conflicto entre principios son circunstancias que afectan el juicio de proporcionalidad.

Es claro que de acuerdo con los fines establecidos como objeto de protección (la protección del matrimonio o de la familia) se pueden determinar dos resultados diferentes en el ejercicio de la ponderación. Por ejemplo, en relación con el matrimonio entre parejas del mismo sexo, si el fin del ordenamiento es la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer en la

El mayor protagonismo de la función judicial motivó la implementación de la ponderación como un método dirigido a determinar pautas básicas en la aplicación de los principios jurídicos y la concreción de la denominada regla adscrita o implícita con la que se solucionará el caso concreto.

medida que poseen la aptitud para procrear, es posible afirmar que la medida adecuada es la proscripción del matrimonio entre parejas del mismo sexo². Pero si el fin es la protección de la familia, al margen de la forma de constitución de la misma, la medida adecuada puede ser no solo la promoción del matrimonio entre un hombre y una mujer sino de otras formas de conformación a favor de las personas del mismo sexo que se unen con el ánimo responsable de constituir la

En relación a la adopción por parte de homosexuales, si el fin del ordenamiento es la protección de la integridad moral del menor (tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-814 de 2001, 2001), se puede concluir, aunque de manera sospechosa, que no se permite la adopción, pero si el fin es promover el ejercicio eficaz del derecho del menor a una familia, al amor y a la protección, el resultado puede ser distinto.

La ponderación exige, de esta manera, una argumentación dirigida a determinar la razonable elección del fin constitucional que se debe proteger. Para unos, será la protección del matrimonio heterosexual, para otros, el derecho de los homosexuales al reconocimiento de esa unión como familia. No hay criterios objetivos para determinar el mayor o menor peso de un fin sobre otro, pero con auxilio de una interpretación sistemática del derecho positivo de los derechos humanos, del texto de la Constitución Política³ y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede afirmar que los fines que merecen especial protección constitucional son: el derecho a constituir una familia como

núcleo esencial de la sociedad, independientemente del sexo de sus integrantes y el derecho fundamental a tener una familia.

Las tensiones entre el deber de velar por la primacía e integridad constitucional y el respeto por la libertad de configuración normativa se pueden sintetizar de la siguiente forma: el nivel de intervención del control constitucional es inversamente proporcional al mayor ejercicio de competencias políticas por parte del legislador. Así, si el poder es ejercido en desarrollo de facultades políticas, menor será el control constitucional, y si esas facultades son desarrollo de deberes jurídicos, mayor será el control al ejercicio de esa potestad de configuración. En términos más concretos, si el poder es ejercido en desarrollo de directrices políticas menor será el control, a su vez, éste será mayor si se trata del ejercicio de deberes establecidos en principios jurídicos y derechos fundamentales.

La misma Corte Constitucional ha querido controlar ese grado de discrecionalidad a través de la determinación de algunos criterios dirigidos a graduar el nivel de intervención en el ejercicio del control de constitucional en protección del principio de igualdad⁴.

Tanto el test de igualdad (modelo europeo) como los diferentes niveles de intensidad del

² Esta parece ser la conclusión de la Procuraduría en su concepto no. 4876 en el trámite de control de constitucionalidad de los artículos 113 del Código Civil y 2º de la ley 294 de 1996: "Por las precedentes consideraciones es razonable concluir que la expresión "un hombre y una mujer" tiene carácter constitucional y que es una exigencia sine qua non para que el matrimonio se configure. Así, el verbo "procrear" a través del cual el Código Civil determina uno de los fines del matrimonio también tiene cabida en el ordenamiento superior" (Procuraduría General de la Nación, 2010).

³ Artículos 5 y 42 Constitución Política (República de Colombia, 1991).

⁴ En sentencia C-093 de 2001, la Corte estableció: "17- En varias sentencias, esta Corte ha ido definiendo cuáles son los factores que obligan a recurrir a un juicio de igualdad más riguroso. Conforme a esa evolución jurisprudencial, el escrutinio judicial debe ser más intenso al menos en los siguientes casos: de un lado, cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, puesto que la Carta indica que todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades (CP art. 13). De otro lado, cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza, pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías (CP art. 13). En tercer término, cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas (CP art. 19), pues en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada. Y, finalmente, cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado (CP art. 13) (Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001, 2001).

Las tensiones entre el deber de velar por la primacía e integridad constitucional y el respeto por la libertad de configuración normativa se pueden sintetizar de la siguiente forma: el nivel de intervención del control constitucional es inversamente proporcional al mayor ejercicio de competencias políticas por parte del legislador.

control (modelo norteamericano) conforman lo que la Corte Constitucional ha llamado un juicio integrado de proporcionalidad, que resulta, sin dudas, benéfico en la medida que refuerza la exigencia de razonabilidad en el ejercicio de la discrecionalidad propia de un control de constitucionalidad basado en principios. Estos dos mecanismos son los que se intentará aplicar a las situaciones anunciadas.

2. *El test de igualdad frente al matrimonio entre las parejas del mismo sexo*

Nuestra Corte Constitucional se apresta a tomar una decisión frente a una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 113 del Código Civil⁵ y el artículo segundo de la ley 294 de 1996⁶. Qué mejor momento para intentar un ejercicio de ponderación con auxilio de dos de las más importantes sentencias de la Corte Constitucional que tratan el tema del test de igualdad como medio para determinar la ra-

⁵ "Art. 113.- El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente" (República de Colombia, 1887).

⁶ Art. 2.- La familia 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. Para los efectos de la presente Ley, integran la familia: Los cónyuges o compañeros permanentes; El padre y la madre de familia aunque no convivan en un mismo hogar; Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica" (República de Colombia, 1996).

zonabilidad de un trato desigual⁷. El ejercicio tendrá un triple propósito: demostrar que la vía de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo no es el principio de igualdad sino el derecho a la diferencia; advertir que la adopción se constituye en un medio de protección del derecho fundamental del niño a tener una familia y no una garantía de las parejas del mismo sexo; y recordar los peligros que se derivan de la realización de la ponderación cuando se asume como un medio único o racional de determinación de las decisiones en fase de control constitucional o de acción de tutela.

Iniciemos la ponderación. Existen básicamente dos fines opuestos que tienen en común promover la igualdad de las parejas homosexuales en relación con las parejas heterosexuales:

- a. Promover el matrimonio en parejas del mismo sexo que tengan el ánimo de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.
- b. Promover el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia.

En cada uno de esos fines se deben formular, en lo posible, todos los medios que serán sometidos a evaluación a partir de criterios de adecuación y necesidad.

Frente al primero, los medios deben buscar la protección del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Esos medios pueden ser: un acto legislativo que reforme el artículo 42 de la Constitución Política o una sentencia aditiva que modifique el enunciado jurídico del artículo 113 del Código Civil, extendiendo el derecho de las parejas de homosexuales a contraer matrimonio.

En este caso la igualdad no sería real en la medida que la unión con fines de procreación escapa a la voluntad del legislador, de la Corte Consti-

⁷ Ver sentencias de la Corte Constitucional C-022 de 1996 (1996) y C-093 de 2001 (2001).

tucional y a la misma pareja de homosexuales. Los medios no serían adecuados por cuanto no facilitan la realización de un fin matrimonial como la procreación. Acá terminaría el test de igualdad, salvo que se asuma alguna de estas dos posibilidades: que la procreación no es un fin esencial del matrimonio o que la procreación se puede sustituir por la adopción.

Si se afirma lo primero, será difícil refutar posiciones en contra por su fuerte carácter valorativo; si se sostiene lo segundo, ya existe decisión de la Corte Constitucional en el sentido de que es inconstitucional la adopción entre parejas del mismo sexo por ir en contra de la moral social y del tipo de familia defendido por el constituyente (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, 2001).

Si el fin es proteger el derecho de las parejas del mismo sexo a la conformación de la familia, los medios podrían ser los siguientes:

- a. Un acto legislativo que reforme el artículo 42 de la Constitución Política y un proyecto de ley ordinaria que reforme al artículo 113 del Código Civil.
- b. Una sentencia aditiva que modifique el enunciado jurídico del artículo 113 del Código Civil aceptando la adopción como medio para suplir la imposibilidad de procrear.
- c. Analizar la posibilidad de otro medio de fundación de la familia que resuma los derechos y deberes del matrimonio como de la unión marital de hecho. Este medio motivaría una sentencia de constitucionalidad condicionada en la que la Corte requiera al Congreso, en ejercicio del principio de separación de poderes con colaboración armónica, para que al año siguiente profiera la respectiva ley regulatoria⁸.

⁸ Algo similar se hizo en la sentencia C-728 de 2009 en la que la Corte exhortó al Congreso para que expida la respectiva ley reglamentaria de la objeción de conciencia (Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2009, 2009).

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.

A la luz del subprincipio de adecuación, se puede señalar que todos los medios son adecuados para la promoción de los derechos de las parejas de homosexuales a constituir una familia. Pero a la luz del subprincipio de necesidad, no es preciso modificar el matrimonio para reconocer esos derechos, ni permitir la adopción como medio para constituir familia (con o sin adopción la pareja del mismo sexo ya es familia) o intervenir en la potestad de configuración legislativa. El medio que consideramos necesario es el "c", en la medida que no existen otros medios de protección que representen un menor esfuerzo jurídico y político en la promoción del mencionado fin, y ese medio es proporcional en sentido estricto en la medida que no infringe ningún objetivo o principio constitucional, todo lo contrario, se ajusta a los mandatos constitucionales⁹

El medio "a" implicaría una actividad legislativa en un momento donde se afirma que la agenda del Congreso ya está ocupada por los próximos dos años en proyectos presentados por el ejecutivo, sin desconocer que recientemente las diferentes iniciativas dirigidas a proteger a los homosexuales no han merecido mayor interés por parte de esa corporación¹⁰. En términos

⁹ Como lo señala la escuela judicial: "Es evidente que el fin perseguido por el Estado está encaminado en proteger al individuo desde el primer momento en que éste tiene contacto con una sociedad, por más pequeña que sea esta. Lo anterior con la meta de educarlo y prepararlo para vivir en comunidad de manera armónica y pacífica, pues es desde que no están formados como individuos que el Estado debe proporcionarles cierto apoyo con el objetivo de ayudarlos en su formación, con el intento de que éstos tengan un buen comportamiento futuro dentro de la sociedad y dentro de la comunidad como tal" (Jiménez, 2007, p. 57).

¹⁰ Suficientemente ilustrativo de la ausencia de interés sobre la materia por parte del legislador, es el recuento histórico que

simples, dejar a voluntad del legislativo el reconocimiento y reglamentación de los derechos de las parejas del mismo sexo no sería otra cosa que un canto a la bandera.

El medio "b" ofrece las siguientes objeciones: representa una afectación de la potestad de configuración legislativa en la medida que modifica una institución que no afecta el derecho de las parejas del mismo sexo; desconocería el precedente judicial establecido en la sentencia C-814 de 2001, referido a la inconstitucionalidad de la adopción para parejas del mismo sexo; haría del hecho de tener hijos una condición necesaria para fundar una familia; se podría promover una discriminación en relación con las parejas en unión marital de hecho (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, 2001).

Ante la insistencia de interpretaciones literalistas y originalistas del artículo 42 de la Constitución Política, la presencia de decisiones de la Corte Constitucional que determinan como elemento esencial al matrimonio la heterosexualidad, y la existencia de posiciones ortodoxas pero defensoras legítimas de la institución matrimonial, se considera pertinente una defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo a partir del respeto de la diferencia y no de la defensa de la igualdad (Corte Constitucional, Sentencia C-821 de 2005, 2005).

Si existe algún derecho fundamental, ese debe ser entendido como la facultad de las personas a constituir familia y no frente a la posibilidad de celebrar contrato matrimonial¹¹. Atar la

reposa en el texto Matrimonio y Unión Marital de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, (Jiménez, 2007).

¹¹ La 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 mas próximos" (Corte Constitucional, Sentencia C - 821 de 2005, 2005). 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" (Jiménez, 2007, p. 49).

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?

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 matrimonio¹². Es cierto que estos tratados hacen referencia al matrimonio como un derecho de todos los hombres y de todas las mujeres, pero resulta difícil concluir que lo hacen en su 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 su principal o más común medio de constitución.

En nuestra opinión, si el legislador no prohíbe expresamente la constitución de la familia por medio de otras formas diferentes al matrimonio y, a su vez, esta institución no posee características patrimoniales o extrapatrimoniales que legitimen un trato privilegiado con respecto a otros medios de conformación de la familia, no se discrimina ni se infringe el derecho a la igualdad cuando se define el matrimonio en la

¹² La 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) (ONU, Asamblea General, 1948); el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos incorporado por ley 74 de 1968 (República de Colombia, 1968) señala "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 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") (ONU, Asamblea General, 1969).

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.

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

- a. Tienen por fundamento el reconocimiento de los derechos en ellos consagrados A TODAS LAS PERSONAS¹³.
- 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 estudio del matrimonio, en ese marco, se debe asumir como un medio para la promoción de la familia, más que como un objeto de protección autónomo a espaldas de la familia.

¹³ Señala 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...". El Pacto Internacional de derechos civiles y político señala en sus artículos 3 y 26: "art. 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. 26: "Todas las personas 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...". 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...". 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...". A su vez, indica su artículo 17: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado..." (subrayas ajenas a los textos) (ONU, Asamblea General, 1948).

- c. Si bien esos artículos 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. Estos artículos se deben entender como la protección del derecho que tienen el hombre y la mujer de acceder a la institución familiar a través del matrimonio, y la condición de ésta como medio para la fundación de la familia. No como la exclusión de otras formas de conformación de la familia o como una defensa del matrimonio como la mejor de ellas.
- e. Una protección especial del matrimonio se justificaría en la medida que con ese medio se promueva en mejor medida la protección del individuo y de la institución familiar en relación a otros medios de constitución de la misma.

Resulta no menos que 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 (ONU, Asamblea General, 1948), se acuda a interpretaciones textualistas de ese mismo artículo para afirmar que sólo es un derecho que puede ser ejercido sólo entre hombres y mujeres y no por todas las personas.

Insistir en el matrimonio como derecho fundamental implica dos situaciones no deseables: 1^a. La existencia de un derecho fundamental que sólo se puede ejercer en atención a la condición de sexo (categoría sospechosa) y no en razón de la calidad de persona; 2^a. El reconocimiento

Erigir al matrimonio como derecho
fundamental es otorgar el mismo
nivel de importancia a su fin que es la
constitución de la familia.

del derecho fundamental al matrimonio –y no a la familia– cuando su elemento esencial, como se vio, sólo recae en la forma en que el hombre y la mujer dan su consentimiento. Erigir al matrimonio como derecho fundamental es otorgar el mismo nivel de importancia a su fin que es la constitución de la familia. Ahora, si se persiste en la interpretación literal del artículo 16.1, ello no excluye la posibilidad de hablar de otros tipos de unión que no se llamen matrimonio, pero de las cuales se deriven tantos derechos y obligaciones como las que tienen el matrimonio y las uniones maritales de hecho.

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 contrato matrimonial. En la realización de un proyecto de vida común, la vocación de permanencia y los deberes de fidelidad, solidaridad y asistencia mutua no pueden ser considerados como elementos exclusivos del contrato matrimonial, y ajenos a otras uniones como las de las parejas del mismo sexo¹⁴. En conclusión, consideramos que la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo debe ser en el plano de la familia y no en el ámbito del matrimonio.

En síntesis, resulta de capital importancia recurrir a fundamentos políticos que imponen el reconocimiento y respeto por la diferencia y el deber de respetar los derechos humanos como cimiento de la unión entre parejas del mismo sexo con el ánimo de constituir familia y el derecho fundamental de ellas a ser diferentes, en lugar de acudir a la igualdad para acceder a una institución matrimonial que no otorga mejores derechos que los derivados de otros medios de conformación de la familia.

¹⁴ Lo contrario consideró la Procuraduría General de la Nación en su concepto no. 4876 de julio 10 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" (Procuraduría General de la Nación, 2010).

3. *El test de igualdad frente al derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar*

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 la ya referida sentencia C-814 de 2001, determinó la inconstitucionalidad de la adopción entre parejas del mismo sexo 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 (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, 2001).

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

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 contrato matrimonial.

es de formar parte de la familia que el constituyente protege... 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 éste 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. (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, 2001) (Subrayas del autor).

Frente a esos argumentos consideramos necesario expresar las siguientes ideas:

1. Resulta difícil creer 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, considera con mérito único y excluyente en relación con otras formas de conformación de la familia.
2. Dada la realidad colombiana que determina índices de orfandad derivados del conflicto armado, de la violencia intrafamiliar, de la pobreza, entre otras razones, ¿el interés prevalente del menor se puede reducir, 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?

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 pueden asumir como argumentos válidos 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 "gramaticales" 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 reconocer 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, y otras formas de constitución de la familia, para este caso, como el fin de efectivizar el derecho de los menores a tener una familia estable, al amor y cuidado, y la unión de parejas del mismo sexo con el propósito de constituir familia, respectivamente. Aun si se considera que la diferenciación de sexos o la procreación es un elemento esencial al matrimonio¹⁵, esas dos condiciones no impiden la posibilidad de pensar en otra forma de constitución de la

¹⁵ Señala 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" (Procuraduría General de la Nación, 2010).

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 ese tipo de razones para demostrar la posibilidad de adopción en la medida que la existencia de uno solo de esos estudios que advierta la posible afectación del menor, amerita acudir a otro tipo de 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.
5. Otra de las razones que con frecuencia se aducen en contra de la adopción es el rechazo o discriminación social que podría sufrir 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:
 - a. Es la 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 afirma, de un lado, 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 asunto de incapacidad de la sociedad para respetar las diferencias, cuyas causas y soluciones son imputables y exigibles a la misma sociedad, pero es claro que los menores no tienen por qué sufrir por sus

incoherencias o por esa doble moral. No es fácil entender, por ejemplo, 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 niegue, 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 (República de Colombia, 1991).

6. Reconozcamos, por un instante, que no es posible la adopción de menores por parejas de homosexuales en virtud de la afectación que puedan 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 (Aristóteles, 2003).

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 la adopción en virtud de la eventual 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?

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, 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 Constitución Política de Colombia. 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 de 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?

Una decisión en pro o en contra de los derechos de los menores a tener una familia, así ésta esté conformada por padres del mismo sexo, depende de la fijación de los fines que deben ser amparados constitucionalmente. Un paso fundamental en la realización del test de proporcionalidad es la fijación de los fines objeto de protección. No será lo mismo en un juicio de ponderación analizar la adopción cuando el fin es satisfacer derechos de las parejas del mismo sexo que cuando se pretende efectivizar el derecho de los menores a tener una familia. Insistimos: la discusión acerca de la adopción no se debe plantear desde el derecho de las parejas de homosexuales a tener hijos (derecho que no es posible considerar fundamental) sino

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.

desde el derecho fundamental de los niños a tener una familia estable, al amor y al cuidado.

Es posible intentar la siguiente ponderación de acuerdo con las pautas establecidas con anterioridad. Inicialmente se debe procurar por la fijación de los fines y entre ellos, el que se estime objeto de mayor protección constitucional. Así, no será igual desarrollar esa ponderación pensando en promover los derechos de las parejas del mismo sexo, que una ponderación teniendo por objetivo la protección eficaz del ejercicio de los derechos fundamentales de los menores a tener una familia permanente, al amor y a la protección, derechos que, por mandato de la misma Constitución, son prevalentes sobre los derechos de los demás.

En el ejercicio de esa ponderación es necesario tener presentes los riesgos que se considera puede sufrir el menor en caso de ser adoptado por parejas del mismo sexo, o los peligros que se derivan de su estado de abandono: si se acepta la adopción se afecta la integridad moral, psicológica y sexual del menor (problemas eventuales e inciertos que no están documentados pero que en aras a la discusión se asumirán como ciertos); si no se acepta, se afecta igualmente la personalidad del menor en la medida que no promueve la construcción de lazos afectivos y de capacidades para la vida que le permitan su inclusión social (daños ciertos y documentados)¹⁶.

Con el fin de abrir la discusión, se puede afirmar que tanto daño sufre el menor con la adopción como con el abandono, pero, de acuerdo con la Declaración de los derechos del niño de 1959¹⁷, con el artículo 5 de la resolución 41/85

¹⁶ Así lo señala un importante informe elaborado por la ONG Aldeas Infantiles SOS Colombia denominado Situación de los derechos de la infancia de niños y niñas que han perdido el cuidado de sus padres o están en riesgo de perderlo. Este informe concluye: "...bajo las anteriores condiciones, muchos niños y niñas viven su niñez y cumplen la mayoría de edad en instituciones de protección con lo que esto puede significar en términos psicosociales, deconstrucción de lazos afectivos y de capacidades para la vida que les permitan su inclusión social" (Aldeas Infantiles SOS Colombia, 2010).

¹⁷ Prescribe esta Declaración "siempre que sea posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres

de diciembre de 1986¹⁸, con la finalidad de la adopción establecida en el artículo 13 de esta misma resolución¹⁹, con el Convenio de la Haya XXIII de 1993 que indica como condiciones para el desarrollo armónico de la personalidad del menor que crezca en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, con el artículo 44 de la Constitución Política que impone como derecho fundamental de los niños tener una familia, recibir amor y cuidado, con la ley 1098 de 2006 que señala el derecho de los niños a crecer en el seno de una familia (República de Colombia, Ley 1098 de 2006, 2006), en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, con la información suministrada por el informe llamado *Situación de los derechos de la infancia de niños y niñas que han perdido el cuidado de sus padres o están en riesgo de perderlo*, presentado por la ONG Aldeas Infantiles SOS Colombia²⁰, consideramos que la opción más coherente con el fin de proteger el interés prevalente del menor es la de avalar su derecho fundamental a tener una familia a

y en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material" (ONU, Asamblea General, 1959).

¹⁸ "En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración principal" (ONU, Asamblea General, 1986).

¹⁹ "El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente (ONU, Asamblea General, 1986).

²⁰ Este informe concluye: "En cuanto al derecho a crecer en el seno de una familia, la adopción se hace difícil en la medida que los niños y niñas sobrepasan el ciclo de la primera infancia, en el que usualmente son adoptados. El 28% de los niños y niñas en situación de adoptabilidad tienen entre 1 y 5 años, el 62% son niños y niñas entre 6 y 17 años quienes entrarían en la categoría de "difícil adopción"... Se estima que en Colombia hay aproximadamente 4506 niños de difícil adopción de los cuales 1503 están por condiciones de salud y 3003 por edad, grupos de hermanos o etnia. Bajo las anteriores condiciones, muchos niños y niñas viven su niñez y cumplen la mayoría de edad en instituciones de protección con lo que esto puede significar en términos psicosociales, de construcción de lazos afectivos y de capacidades para la vida que les permitan su inclusión social"

Este mismo informe señala que "Tener y crecer en familia es un derecho fundamental para todos niños y niñas quienes requieren el cuidado, apoyo y afecto como condiciones necesarias para su desarrollo integral"

Y finalmente recomienda: "Es fundamental fortalecer el sistema público de adopciones y favorecer las mismas lo más pronto, una vez haya declaración de adoptabilidad, pensando en el interés superior del niño y la niña haciendo un monitoreo continuo de cada proceso de adopción". (Aldeas Infantiles SOS Colombia, 2010).

través de la adopción a favor de las parejas de homosexuales.

Para finalizar, se considera que los siguientes son algunos criterios que deben ser tenidos en cuenta al momento de abordar la discusión en relación con la adopción de menores por parejas del mismo sexo:

- a. En la interpretación de las normas constitucionales se debe procurar por aquel de los sentidos que mejor ayuda preste al ejercicio efectivo del derecho fundamental. En este orden de ideas, el derecho del menor a tener una familia, como interés prevalente del menor, se debe traducir en interpretaciones que faciliten su integración en algún núcleo familiar, hetero u homosexual.

Con el empleo que hace la Corte Constitucional de directivas de interpretación literalistas y originalistas²¹, se confirma la ausencia de cumplimiento de uno de los presupuestos de la racionalidad cual es el de coherencia que impone el uso de las proposiciones que describen los cambios teóricos y metodológicos ocurridos con la incorporación del Estado social de derecho de igual o similar modo en casos o temas similares.

Si se acepta que una de las más importantes directivas de la interpretación constitucional indica que en la determinación o fijación de los sentidos de los enunciados constitucionales se debe

²¹ El uso de esas directivas se evidencia en las siguientes citas: "La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere inequívocamente la expresión "por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Pero si esta interpretación exegética no se considerara suficiente, la histórica corrobora la conclusión expuesta...16. De todo lo anterior la Corte concluye que la voluntad explícita del constituyente fue determinar la protección especial a que alude el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución, para aquellas familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el artículo 42 relativa a la voluntad libre de conformar la familia, se vincula a la familia heterosexual" (Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001, 2001).

acudir a aquel que mejor promueva los derechos fundamentales, ¿cómo negar el derecho fundamental a constituir una familia a partir de interpretaciones literalistas referidas a lo que el constituyente señaló u originalistas a partir de lo que quiso decir?

Desde nuestro punto de vista, no existe cosa juzgada material en la sentencia C-814 de 2001, en la medida que los argumentos allí expresados se formularon bajo criterios gramaticales y originalistas. A la luz de los intereses del menor reflejados en su derecho fundamental a tener una familia, a recibir cuidado y amor (derechos no considerados por la Corte Constitucional) resulta difícil negar la posibilidad de que sean adoptados por parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, 2001).

- b. El reconocimiento del derecho del menor a tener una familia, así sea con dos papás o dos mamás, es una discusión que no debe dejar de lado la situación sufrida por los 845.410 niños en estado de orfandad en Colombia, de los cuales se registra la cifra de 14.887 niños que son explotados como empleados domésticos así como 40.000 niños entre 12 y 17 años que son cabeza de hogar (Revista Semana, 2009, Agosto 3, p. 76).
- c. La convención de los derechos del niño señala en su preámbulo y en su artículo 3.1, la finalidad de proteger al niño y su interés prevalente de acceder al seno de una familia:

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Art. 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que

se atenderá será el interés superior del niño (ONU, Asamblea General, 1989).

- d. Debe quedar claro que el interés superior del niño debe ser, antes que su integridad moral, el acceso a una familia que le brinde amor y protección.
- e. La resolución 41/85 de 1986 de la Asamblea general de las Naciones Unidas señala en su artículo 13 que el fin de la adopción es facilitar al menor su ingreso a una familia permanente²².
- f. El texto de la Constitución no se puede asumir como resultado de la racionalidad esperada en el legislador en el siglo XIX. Aún en nuestra Constitución Política, norma de normas, se advierten problemas de coherencia que se traducen en antinomias constitucionales.

4. *Acerca de la intensidad del control*

Uniendo el test de igualdad con el nivel de intensidad, se tiene que de acuerdo con la finalidad que se determine, el control de constitucionalidad en los temas de matrimonio entre parejas del mismo sexo y la adopción puede ser leve o intenso. Frente al primero, será leve si se determina que el fin es proteger la familia heterosexual por ser la única apta para procrear, y será fuerte si se determina que el derecho a proteger no es el matrimonio sino el derecho de unirse con el propósito de constituir familia. Frente a la adopción, el control será débil, esto es, se respetará la definición del artículo 113 del Código Civil, si el fin es proteger al menor de los posibles riesgos dentro de un núcleo familiar con padres del mismo sexo. Será fuerte si el fin es procurar por la efectividad del derecho fundamental del menor a tener una familia.

²² "El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente" (ONU, Asamblea General, 1986).

Surge nuevamente la necesidad de distinguir entre el derecho al matrimonio y el derecho a constituir familia. Si el propósito es el de proteger el derecho a contraer matrimonio, la Corte Constitucional puede afirmar, en respeto de la potestad de configuración legislativa, que sólo el legislador tiene la competencia para redefinir la institución del matrimonio a través de una reforma al artículo 113 del Código Civil. Esto se haría bajo un test suave. Se puede aducir en contra de esa posibilidad que la definición establecida en el artículo 113 resulta atentatoria del derecho a la igualdad, pero recuérdese que no es voluntad del legislador ni de la Corte Constitucional ni de la pareja del mismo sexo negar la procreación sino un impedimento natural; así, resulta complejo afirmar que la pareja conformada por personas del mismo sexo cumple con las mismas condiciones y propósitos establecidos en el artículo 113 del Código Civil: unión entre un hombre y una mujer con el fin de procrear. Pero si el fin es el de proteger a la familia constituida por las parejas del mismo sexo, y se estima que el matrimonio es un medio que impide el desarrollo de tal finalidad, el test debe ser estricto.

Sin duda es importante que la Corte Constitucional respete la potestad de configuración legislativa, pero cuando la realidad demuestra que el mismo legislador no ha sido, por no decir lo más, responsable en el ejercicio de la misma como lo muestra el número de proyectos que han buscado el reconocimiento de diferentes derechos a los homosexuales que terminaron archivados, la deferencia por su potestad de configuración se debe extremar en nombre de la primacía constitucional. Control a su inactividad y respeto a la potestad de configuración son dos aspectos políticos que la Corte Constitucional debe entrar a conciliar dentro del marco del Estado social y constitucional.

Para nosotros resulta claro que tanto el tema de la unión de parejas del mismo sexo con el ánimo responsable de constituir familia y el derecho fundamental del menor a tener una

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.

familia ameritan un control estricto en la medida que intervienen derechos políticos de las minorías (con tendencia a ser reconocidos como fundamentales), traducidos en el derecho a ser diferentes, así como la protección de facultades fundamentales del menor (derecho a tener una familia), prevalentes sobre otros intereses.

Conclusiones

1. Ante la deferencia que tiene el derecho positivo de los derechos humanos y el ordenamiento nacional por el matrimonio, la defensa férrea y por demás legítima de la institucional matrimonial, y dadas las ventajas que tiene la unión marital de hecho sobre el matrimonio en el régimen patrimonial, es necesario abordar los derechos de las parejas del mismo sexo no a partir del principio de igualdad sino como el deber de las mayorías de reconocer y respetar las diferencias o el derecho de estas parejas a constituir familia mediante un mecanismo que se adapte a sus específicas características.
2. Las diferencias entre el matrimonio y la unión marital de hecho en aspectos como los derechos hereditarios, la forma de constitución y el estado civil, y las dificultades de extender la figura matrimonial a las parejas del mismo sexo (no hay similitud de casos y para algunos tampoco de razón en relación a la vocación para la procreación) ameritan explorar una forma de unión en la que se reconozcan los derechos de las parejas del mismo sexo, sus diferencias y su indudable vocación a la formación responsable de la familia.

3. Sin duda en el Estado social de derecho se debe procurar por el respeto a una igualdad real o material en situaciones que se caracterizan por ser similares y que parecen compartir algún criterio o razón común que impone la aplicación de la misma regulación. No obstante, se debe tener cuidado con el empleo de ese principio en la medida que, en su nombre, se pueden generar, paradójicamente, situaciones de mayor desigualdad. En un plano solamente especulativo, ¿no están en condiciones más cercanas al matrimonio las uniones maritales de hecho que las uniones entre parejas del mismo sexo? ¿Reconocer a las parejas del mismo sexo los mismos derechos de las parejas habidas en matrimonio no representa un tratamiento superior al que pueden tener las parejas en unión marital de hecho? ¿Si las uniones maritales de hecho pueden procrear y están conformadas de la misma manera que señala el artículo 113 del Código Civil, no son estas razones (no sabemos si suficientes pero al menos dignas de una mínima atención) para indicar que se debe simultáneamente imprecisar por la igualdad de derechos y obligaciones en todas las formas de constitución de la familia?

4. 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 extrapatrimoniales, un

Para nosotros resulta claro que tanto el tema de la unión de parejas del mismo sexo con el ánimo responsable de constituir familia y el derecho fundamental del menor a tener una familia ameritan un control estricto en la medida que intervienen derechos políticos de las minorías

elemento sustancial o relevante que imponga razonablemente la extensión de derechos a favor de las parejas del mismo sexo imprecando el principio de igualdad.

5. 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 Constitución Política de Colombia.

6. 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 constituirla.

7. 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 al matrimonio bajo consideraciones iusprivatistas soportadas en el contrato matrimonial (norma de orden público que solo pueden ser modificadas por el legislador), naturalistas (sólo pueden procrear las parejas conformadas por un hombre y una mujer) o teleológicas (el fin del matrimonio es conservar la especie).

8. No existe una cosa juzgada material en relación con los derechos de las parejas del

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.

mismo sexo a adoptar. La sentencia C-814 de 2001 tuvo en cuenta unos razonamientos que lejos están de haber agotado todas las posibles argumentaciones acordes con la Constitución Política en relación con el tema de la adopción o, mejor, de los menores a tener una familia, derecho éste estimado fundamental y prevalente sobre los demás (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, 2001).

Referencias bibliográficas

- Aldeas Infantiles SOS Colombia. (2010). Situación de los derechos de la infancia de los niños y niñas que han perdido el cuidado de sus padres o están en peligro de perderlo. Recuperado el día 30 de octubre de 2010 del sitio: <http://www.aldeasinfantiles.org.co/Conozcanos/abogacia/Documents/situacion-de-derechos-ni%C3%B1os-sin-cuidado-de-sus-padres-o-en-riesgo-de-hacerlo.pdf>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristoteles. (2003). *Ética a Nicómaco*. (V. Gutiérrez, Trad.). Madrid, España: Mestas Ediciones.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Bernal, C. (2007) *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. 289-325). Madrid, España: Trotta.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1996). Sentencia C-022 de 1996. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2001). Sentencia C-093 de 2001. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2001). Sentencia C-814 de 2001. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2005). Sentencia C-821 de 2005. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2009). Sentencia C-728 de 2009. Colombia.
- Estrada, S. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Universitas* (121), p. 77-111.
- García, J. (2007). *Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo*. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (p. 237-264). Madrid, España: Trotta.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo Estudios de teoría y metateoría del derecho*. (J. Ferrer & Beltrán, Trads.). Barcelona, España: Gedisa.
- Jiménez, F. (2007). *Matrimonio y unión marital*. Bogotá, Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- ONU, Asamblea General. (1948). *Declaración universal de Derechos Humanos*. Ginebra, Suiza: Organización de las Naciones Unidas.
- ONU, Asamblea General. (1959). *Declaración de los derechos del niño*. Ginebra, Suiza: Organización de las Naciones Unidas.
- ONU, Asamblea General. (1969). *Convención Americana de los Derechos Humanos*. Ginebra, Suiza: Organización de las Naciones Unidas.
- ONU, Asamblea General. (1986). *Marco jurídico sobre adopción y hogares de guarda*. Ginebra, Suiza: Organización de las Naciones Unidas.
- ONU, Asamblea General. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ginebra, Suiza: Organización de las Naciones Unidas.
- Peña, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional*. Madrid, España: Trotta.
- Prieto, L. (2007). *Réplica a Juan Antonio García Amado*. En: M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, (pp.265-288). Madrid, España: Trotta.
- Procuraduría General de la Nación, República de Colombia. (2010). *Concepto N° 4876 de 2010*. Colombia.

República de Colombia. (1968). Ley 74 de 1968. Colombia.

República de Colombia. (1887). Ley 57 de 1887. Colombia.

República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Colombia.

República de Colombia. (1996). Ley 294 de 1996. Colombia.

República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006. Colombia.

Revista Semana. (2009, 3 de agosto). País de Huérfanos. Edición de agosto 3 de 2009, p. 76.

Sánchez, C. (1957). El Constitucionalismo, sus problemas, el orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Argentina.

Watterson, B. (2010, 16 de agosto). Calvin y Hobbes. El Colombiano, pp. 4C.