

**MATRIMONIO IGUALITARIO, UN DERECHO O UNA ABERRACIÓN
SOCIAL**

KATERINE GARCÍA DÍAZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2015

**MATRIMONIO IGUALITARIO, UN DERECHO O UNA ABERRACIÓN
SOCIAL**

KATERINE GARCÍA DÍAZ

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO
REQUISITO PARA OPTAR AL

TÍTULO DE:

ABOGADO

ASESOR(A):

JUAN GUILLERMO RIVERA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2015

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	6
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
JUSTIFICACIÓN.....	11
OBJETIVOS	13
General.....	13
Específicos	13
METODOLOGÍA.....	14
CAPITULO I.....	15
1. CONCEPTO DE FAMILIA	15
1.1. Precisiones conceptuales.....	15
1.1.1. Vínculo marital.....	15
1.1.2. Matrimonio igualitario	15
1.1.3. Homosexualidad.....	16
1.1.4. Ética.....	16
1.1.5. Moral	16
1.1.6. Factor de corrección	17
1.1.7. Definición de matrimonio	17
1.2. Historia.....	19
1.2.1. La sociedad antigua.....	19
1.2.2. El mundo helénico.....	26
1.2.3. La antigua Roma	29
1.2.4. Sexo sin amor	31
1.2.5. La edad media	32
1.2.6. La situación actual.....	35
CAPÍTULO II	37
2. RÉGIMEN DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA	37
2.1. Ubicación Constitucional.....	37
2.2. Marco Legal	39

2.3. Derrotero Jurisprudencial	42
2.3.1. Derecho a la libre opción sexual	43
2.3.2. Régimen patrimonial	44
2.3.3. Porción conyugal.....	46
2.3.4. Vocación sucesoral.....	48
2.3.5. Adopción	48
2.3.6. Matrimonio civil.....	49
CAPÍTULO III.....	53
3. RASTREO LEGAL . CONSIDERACIONES GENERALES.....	53
3.1. El concepto del Procurador General de la Nación	61
3.2. Argumentos a favor del Matrimonio Igualitario	63
3.2.1. Argentina.....	63
3.2.2. Venezuela	67
3.2.3. Holanda	69
3.2.4. España	71
3.2.5. Texas y Massachusetts	73
3.3. Argumentos en contra del matrimonio igualitario	76
3.3.1. Argentina.....	76
3.3.2. Venezuela	79
3.3.3. Holanda	81
3.3.4. España	84
3.3.5. Texas y Massachusetts	86
3.4. Cuadro comparativo frente al Matrimonio Igualitario.....	88
3.4.1. Argentina.....	88
3.4.2. Venezuela	92
3.4.3. Holanda	94
3.4.4. España	98
Tabla 4. España. Colombia	98
3.4.5. Texas	100
3.4.6. Massachusetts.....	103
CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFÍA	109

TABLA DE CUADROS

Tabla 1. Argentina - Colombia.....	88
Tabla 2. Venezuela - Colombia.....	92
Tabla 3. Holanda y su zona de influencia - Colombia	94
Tabla 4. España. Colombia	98
Tabla 5. Texas – Colombia	100
Tabla 6. Massachusetts – Colombia.....	103

RESUMEN

La investigación parte de la inquietud que se presenta actualmente en Colombia por la negativa del Congreso de legislar aprobando el matrimonio entre parejas del mismo sexo, a pesar de la exhortación que en dicho sentido le ha hecho la Corte Constitucional, a lo cual se suma la injerencia del Procurador General de la Nación quien ha solicitado, a través de acción de tutela, que se anulen los matrimonios igualitarios celebrados al amparo del exhorto del Máximo Tribunal Constitucional. Para ello se realizó un recorrido por los distintos tipos de familia que se han conocido históricamente a fin de demostrar que el concepto de familia y matrimonio son lo bastante flexibles como para dar cabida a otras formas de constitución. Luego de este recorrido histórico y antropológico se realizó un estudio constitucional, jurisprudencial legal del matrimonio en el ordenamiento jurídico colombiano y se remató el trabajo mostrando las concepciones que han llevado a que en diversos países se apruebe o se rechace el matrimonio entre parejas del mismo sexo como una manera legal constituir una familia.

MATRIMONIO IGUALITARIO, UN DERECHO O UNA ABERRACIÓN SOCIAL

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-577 de 2011 (Sentencia C-577, 2011), y tras un detallado examen que duró más de 10 meses no se atrevió a generar una posición definitiva frente al matrimonio entre personas del mismo sexo o matrimonio igualitario como se le ha denominado últimamente.

Hizo sí un reconocimiento de los derechos que tienen las parejas homosexuales a celebrar un contrato en el cual establezcan las condiciones propias de una unión con todas las características del matrimonio pero sin atreverse a igualar, de una vez por todas, este contrato con la institución del matrimonio, puesto que no fue clara al decidir que la unión celebrada entre personas del mismo sexo es un matrimonio en el estricto sentido de la palabra, con lo cual quedan desprotegidas al no contar con un instrumento que les permita constituir una familia legalmente, tal como acontece con el matrimonio entre parejas heterosexuales teniendo que acogerse a la constitución de una unión de hecho al no poder contraer matrimonio por una indebida discriminación sexual..

Ante esta falta de claridad frente a un problema que termina siendo más semántico que legal la Corte Constitucional resolvió “...*exhortar al congreso de la república para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de*

protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas...” (Sentencia C-577, 2011), advirtiendo de paso que “...*si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual...*”. (Sentencia C-577, 2011). Con lo cual descargó la responsabilidad en el legislativo, dejando de lado su labor como máximo guardián de la Constitución y condicionando, así, las decisiones al vaivén de los intereses de grupo y las actitudes muchas veces poco liberales de los congresistas.

Bajo este criterio el Congreso de la República en el Proyecto de ley 047 de 2012, tomó el estudio para decidir si se aprobaba o no el matrimonio igualitario en Colombia. Dicho proyecto fue negado el 24 de abril de 2013 por 51 votos en contra y 17 a favor, con una exigua votación de tan solo 68 senadores, para lo cual, según Héctor Alonso Torres Rojas (Torres Rojas, 2013) , se unieron todos los sectores de derecha en el Congreso, anteponiendo conceptos basados en la moral y no en criterios de orden social que son los elementos que deben permear las decisiones del legislativo. Escritor que afirma, igualmente que esta negativa se convierte en una victoria pírrica, toda vez que:

- 1) ...Los senadores de los partidos mencionados y los senadores de otros partidos pisotearon no sólo la laicidad sino al Estado laico colombiano.
- 2) Irrespetaron la libertad de convicciones.
- 3) Olvidaron la libertad de conciencia.
- 4) Se plegaron ante las autoridades eclesiásticas (aquí no se puede decir iglesias sino eclesiásticas, todas conservadoras en materia de sexualidad). ¿Por qué todas las autoridades de las religiones, siempre machistas y patriarcales, quieren controlar las relaciones afectivo-sexuales que no van con sus llamados principios? ¿Por qué tienen que decir cómo deben utilizar las mujeres sus vaginas y los hombres sus penes? ¿Por qué se meten entre las cobijas de creyentes y no creyentes, para culpabilizar las delicias de la sexualidad, creada por Dios, por medio de la evolución?

- 5) Impusieron sus convicciones religiosas y sus credos religiosos a las ciudadanas y a los ciudadanos, que no son católicos y cristianos, es decir, que son ateos, laicos, agnósticos e indiferentes.
- 6) Contradijeron la sociedad colombiana pluralista en filosofía, en creencias religiosas, en ideologías políticas y en prácticas sociales, como lo atestigua y ordena la Constitución Política del país.
- 7) Discriminaron y negaron un derecho a una minoría.
- 8) Se colocaron por fuera de la corriente de la Historia y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.(Torres Rojas, 2013)

Contrario a lo que aconteció en Colombia los legisladores en muchos países, Francia, Uruguay y Argentina, por no nombrar sino unos pocos, han comprendido que el matrimonio igualitario es una necesidad de la sociedad actual, en la cual los fenómenos relacionados con la autodeterminación sexual son una constante en el comportamiento social que debe ser regulado por la norma jurídica.

Aduce el Congreso que en ningún momento ha negado la posibilidad de relaciones contractuales entre parejas del mismo sexo y que, siguiendo las orientaciones de la Corte Constitucional, reconoce el hecho como tal, que lo que no puede hacer es darle la connotación semántica de matrimonio a dicha unión, la cual podrá tomar otros nombres como por ejemplo, vínculo marital, término que proponen para la legalización de dichas parejas ante jueces y notarios, sin caer en cuenta que con dicha discriminación semántica están señalando expresamente a las parejas homosexuales como segmentos minoritarios y les están dando una connotación que vulnera el derecho a la igualdad, como bien lo dijo Armando Benedetti, ponente de la ley:”...*Es la forma más horrible de discriminar a una población. Sería exactamente como cuando les ponían a los judíos una estrella de David para decir que eran judíos...*” (El Espectador, 2013)

Esta negativa, que entre otras cosas contradice los condicionamientos de la Corte Constitucional lleva a interrogarse sobre las verdaderas razones que tiene el Congreso para

aprobar o improbar los proyectos de ley. Para ello se hace necesario realizar un estudio sobre las razones argumentadas en otros países para tomar decisiones en uno u otro sentido, puesto que con ello podría clarificarse realmente si en Colombia están operando razones jurídicas y sociales o si se está legislando desde una óptica sesgada por elementos éticos de una falsa concepción moral que olvida, como lo dijera Robert Alexis, que la religión es sólo un factor de corrección de la actividad legislativa y de la creación de la ley.

(Robert Alexis, 2010)

JUSTIFICACIÓN

En primer lugar investigaciones de este tipo se hacen necesarias en el medio colombiano ya que se trata de un estudio que generará un nuevo conocimiento acerca de las últimas tendencias jurídicas, jurisprudenciales y doctrinales, en torno a temas que, como el matrimonio igualitario, se vienen constituyendo en elementos recurrentes en la relación entre la sociedad y el derecho, como sistema regulador de la conducta de los miembros que componen dicha sociedad.

En el entorno colombiano si bien no existen estadísticas que puedan dar información fidedigna acerca de cuál es el porcentaje de personas que han optado por una autodeterminación sexual diferente a la tradicional relación heterosexual, sí es evidente que el fenómeno de la conformación de parejas homosexuales y lésbicas es una decisión cada vez más común y la cual cobija a miles y miles de personas, las cuales están viendo vulnerado de manera flagrante sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad (art. 13 C.P.), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.) y a la autodeterminación sexual (reconocida jurisprudencialmente por la sentencia C-577 de 2011 de la corte Constitucional) y que necesitan que se presenten soluciones que les permitan constituir una familia en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales, a fin de no ver vulnerados dichos derechos y poder acceder a todas las prerrogativas que trae consigo el reconocimiento jurídico y social de su condición sexual.

Estas personas se verían favorecidas con los resultados de la investigación propuesta, toda vez que definiendo la validez constitucional de los criterios que pueden ser invocados para el respeto de esta realidad social, se romperán las barreras, morales y psicológicas,

tales como la educación católica tradicional que se ha impartido en el sistema educativo colombiano, la exégesis tradicional de los legisladores, que no permite que haya una adecuación legislativa acorde con las nuevas concepciones jurídicas imperantes en el mundo, y la resistencia al cambio, entre otros, que vienen afectando la actividad legislativa, en un país como Colombia, el cual, dada la breve vida de la actual Constitución, apenas está afianzando sus figuras jurídicas.

De manera genérica serán usufructuarios de esta ampliación de las libertades y de la posibilidad de construir una vida afectiva propia que les permita una plenitud de vida, gracias al conocimiento que traerá consigo el desarrollo del presente tema, todas las personas que constituyen parte integral de estas familias conformadas de una manera no tradicional, puesto que podrán considerarse a sí mismas y frente a los demás como seres normales que pueden y deben desarrollar una vida en comunidad.

La cátedra universitaria se verá beneficiada puesto que el nuevo conocimiento adquirido a través de la investigación podrá ser difundido a través de seminarios y de charlas en los centros universitarios, con lo cual se contribuirá al desarrollo de nuevas temáticas en el ámbito jurídico.

La investigadora aclarará, así mismo, sus puntos de vista sobre conflictos complejos, tales como las nuevas concepciones sobre la sexualidad y el matrimonio como núcleo fundamental de la sociedad, temas que afectan profundamente la interrelación social, adquiriendo conocimientos que le permitan una mayor comprensión frente a los problemas sociales y que la lleven a buscar soluciones que permitan un mayor equilibrio social y un desarrollo más profundo e idóneo de su educación integral.

OBJETIVOS

General

Definir cuáles han sido los criterios axiológicos que han sido argumentados, a nivel nacional y en los países seleccionados como muestra, en favor o en contra del matrimonio igualitario.

Específicos

- Caracterizar los diferentes tipos de familia.
- Estudiar el régimen de matrimonio en Colombia identificando los principales argumentos invocados por la Constitución, la ley y la jurisprudencia colombiana frente al reconocimiento o no del matrimonio igualitario.
- Realizar un rastreo legal frente al tema tratado en los países seleccionados como muestra frente a los criterios imperantes en Colombia.

METODOLOGÍA

El nivel de la investigación es de tipo exploratorio puesto que el trabajo se centrará en estudiar los diferentes conceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales que se han generado en torno al problema de la aceptación o no del matrimonio igualitario, a fin de determinar si es viable en el medio social y jurídico del país la implementación de dicha figura jurídica.

Dado que se analizarán fundamentalmente documentos, tales como leyes y textos de doctrina, se presenta un enfoque cualitativo con una conceptualización teórico dogmático que llevará indefectiblemente a realizar una lectura de la realidad social en torno al tema propuesto. Desde este estudio dogmático se analizarán varias series documentales, entre ellas los mandatos constitucionales, las leyes vigentes, la jurisprudencia constitucional, textos doctrinales y publicaciones en internet y en diferentes medios de comunicación.

Se procederá a estudiar estos documentos a nivel nacional para luego, en el capítulo III, realizar un rastreo legal con la normatividad existente en diversos países en algunos de los cuales, la figura del matrimonio igualitario ha sido aceptada y algunos otros en los cuales ha sido rechazado para poder concluir el estudio de la viabilidad de implementar dicho matrimonio en el ordenamiento jurídico colombiano.

CAPITULO I

1. CONCEPTO DE FAMILIA

1.1. Precisiones conceptuales

Para iniciar el estudio planteado es pertinente conceptualizar sobre algunas de las categorías que son fundamentales para la comprensión del objeto de conocimiento que se propone a través de la investigación, para dar una orientación acerca del sentido en el cual dichas categorías serán analizadas.

1.1.1. Vínculo marital

“...Para la investigación deberá entenderse, inicialmente, el concepto de vínculo marital como aquel que libremente establecen un hombre y una mujer y que es lo que les constituye en esposos. Se trata de un vínculo público, por el que se comprometen a la entrega mutua...”(El vínculo matrimonial, 2014)

1.1.2. Matrimonio igualitario

También llamado matrimonio homoparental corresponde a los matrimonios legal o socialmente reconocidos entre personas del mismo sexo o género. También conocido como matrimonio gay-lésbico o matrimonio homosexual, esta unión reconoce jurídicamente la relación y la convivencia homosexual al igualar dicha relación con las parejas unidas a través de matrimonio heterosexual, manteniendo la naturaleza, los requisitos y los efectos

que el ordenamiento jurídico venía reconociendo previamente a los matrimonios heterosexuales.(Matrimonio entre personas del mismo sexo, 2013)

1.1.3. Homosexualidad

Se define como una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otras personas del mismo sexo. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina). (APA. Centro de apoyo, 2014)

1.1.4. Ética

Una declaración moral que elabora afirmaciones y define lo que es bueno, malo, obligatorio, permitido, etc. en lo referente a una acción o a una decisión. La ética estudia la moral y determina cómo deben actuar los miembros de una sociedad. Por lo tanto, se la define como la ciencia del comportamiento moral. (Ramirez Carranza, 2013)

1.1.5. Moral

Conjunto de creencias, costumbres, valores y normas de una persona o de un grupo social, que funciona como una guía para obrar. Es decir, la moral orienta acerca de qué acciones son correctas (buenas) y cuales son incorrectas (malas) y que no pertenece al orden jurídico, sino a la conciencia o el respeto humano. (Esencialpluriversal, 2013)

1.1.6. Factor de corrección

Es el papel que deben cumplir los conceptos religiosos, los cuales no deben ingresar como elementos constitutivos de la ley sino que deben servir, y sirven, como moduladores y reguladores de la principalística propia de la ley, a fin que sea genéricamente justa y permita una aplicación equitativa. En aras a conceptos de orden metafísico no se puede sacrificar el espíritu de la ley, puesto que *“todo contenido moral es ajeno al Derecho.”* (Robert Alexis, 2005, págs. 247 - 250)

1.1.7. Definición de matrimonio

La familia es una de las instituciones más antiguas de la humanidad y a través de la historia se han presentado diversas maneras de constituir las todas ellas derivadas de factores económicos, sociales e incluso de tasas democráticas de género, sin dejar de lado la tradición jurídica según la cual la familia es la unión entre un hombre y una mujer para convivir compartiendo unas obligaciones comunes que pueden resumirse en techo, mesa y lecho, es decir, las obligaciones de compartir la misma casa, de colaborar con el sustento general de los gastos que implica la existencia y el manejo de las relaciones sexuales.

El anterior concepto es acogido por la Constitución colombiana, la cual en su artículo 42 define a la familia como: *“...núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”*

Definición esta que es complementaria de lo dispuesto por el Código Civil colombiano texto que al definir el concepto de matrimonio, en su artículo 113 señala que

este 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*”, indicando además, en el artículo 115, que “*el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos*”.

Esta definición acogida plenamente por el ordenamiento constitucional y legal colombiano está acorde con el concepto señalado por la Organización de las Naciones Unidas, organización internacional que expresa claramente que:

1. ...“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”(Organización de las Naciones Unidas, 1948)

Analizando con un poco de detenimiento los dos conceptos anteriormente citados, se puede observar que además de elevar a la familia a institución jurídica, sujeta a la protección de sus derechos por parte del Estado y como elemento esencial de la humanidad, ambos parten afirmando que la familia se constituye por un hombre y una mujer, sea esta unión de carácter natural como lo es la *unión marital de hecho* o jurídica como lo es el matrimonio, ya sea civil o religioso.

Como puede observarse, entonces, en la legislación colombiana, al amparo de los tratados internacionales, las concepciones de familia y de matrimonio están ligadas

tradicionalmente a un concepto de relaciones heterosexuales, siendo esta la idea generalizada, conforme a la legislación existente. Concepción que paulatinamente ha venido sufriendo fisuras jurídicas ante las realidades históricas inherentes a la evolución del concepto de las relaciones interpersonales propias de la sociedad actual, puesto que aunque tanto constitucional como civilmente se trata de la unión de un hombre y una mujer que se concreta a través de determinados ritos o trámites legales, en los últimos años, cada vez más Estados han aceptado el matrimonio entre personas del mismo sexo, con lo que esta unión conyugal ha dejado de ser patrimonio de la heterosexualidad, atendiendo más al concepto de obligaciones bilaterales que a las concepciones de género dado que “...*El lazo matrimonial es reconocido a nivel social, tanto a partir de normas jurídicas como por las costumbres. Al contraer matrimonio, los cónyuges adquieren diversos derechos y obligaciones...*”(Matrimonio Igualitario, 2013)

1.2. Historia

1.2.1. La sociedad antigua

Para comprender estos cambios que han experimentado las figuras de la familia y del matrimonio en las sociedades actuales se hace necesario hacer un recorrido por la historia de estas instituciones desde tiempos lejanos hasta la actualidad. A fin de establecer los diferentes tipos de uniones que se han dado en torno a la familia, es pertinente observar los estudios realizados por el antropólogo norteamericano Lewis H. Morgan, el cual elaboró un estudio minucioso acerca de los orígenes de la familia. Morgan: Nacido en la ciudad de Aurora, Estado de Nueva York en 1818, fue abogado, sociólogo, etnógrafo y antropólogo.

Comenzó a ejercer el Derecho en 1844, pero llevando un litigio de una comunidad indígena contra una empresa estatal por la adjudicación de unas tierras se interesó por conocer aún más la cultura nativo americana. De ahí en adelante dedicó gran parte de su vida al estudio de las diferentes tribus que habitaban el territorio de los EEUU, lo que lo llevó a realizar viajes de gran duración hacia las reservas indias para estudiar la estructura de comunidad que tenían cada una de las tribus que habitaban el lugar, realizando comparaciones sobre las similitudes que éstas guardaban entre sí, tanto en su estructura social como en la familiar. Sus dos principales obras son *Sistemas de consanguineidad y afinidades de la familia humana* (1871) y *La sociedad primitiva* (1877). Morgan murió el 17 de diciembre de 1881 en Rochester Estado de Nueva York.(Morgan, pág. 395)

El estudio que realiza Morgan acerca de la evolución de la familia y sus diferentes conceptos parte de los lazos de consanguinidad, es decir, de los vínculos biológicos que se encuentran en una comunidad determinada; desde el análisis de estos lazos identifica el primer tipo de familia, que según sus estudios es la primera y más primitiva en la historia de la humanidad: *La familia consanguínea*. Dicha familia es el resultado de la “*unión entre hermanos y hermanas, propios y colaterales, en grupo*”(Morgan, pág. 395), dicho en otras palabras la familia consanguínea se basaba en la unión conyugal de personas pertenecientes a un mismo origen de sangre, situación que presentaba como normales las relaciones incestuosas, ya que separando lo que hoy se conoce como integrantes de la familia, los abuelos y abuelas eran esposos y esposas, sus hijos e hijas de igual manera eran entre sí esposos y esposas, lo que forma un círculo de cónyuges comunes. Para ser más claros, la comunidad como tal estaba conformada por una sola familia, en la cual los hermanos y hermanas se casaban unos con otros, es decir, la esposa de un hombre era a su vez esposa

de su hermano, sus hijos eran mis hijos y viceversa. Dicho tipo de familia fue común en las primeras tribus que poblaron la Polinesia y aún hoy se presenta el parentesco entre algunas de las tribus gracias a la familia consanguínea. (Morgan, pág. 395)

Sobre la desaparición de este tipo de familia no se tiene una fecha exacta, lo que sí se puede afirmar es que entre las mismas tribus o comunidades se dieron cuenta de lo por así decirlo, “*aberrante*” que se constituían las relaciones sexuales entre hermanos y hermanas uterinos, provenientes de la misma madre, por lo que se pusieron límites a dichas relaciones incestuosas. Los límites se definieron mediante uniones en las cuales:

...Se formaban grupo de mujeres comunes compuesto por un determinado número de hermanas, claro está excluyendo a los hermanos de ellas o un determinado grupo de hermanos compartían en matrimonio común cierto número de mujeres, del que se excluía a las propias hermanas. Los hombres y mujeres que formaban el conjunto compartido sexualmente por los hermanos y hermanas se llamaban entre sí Punalúa, que significa compañero íntimo.(Fundación Prohumana, 2013 , pág. 79).

De allí partió la denominación de este segundo tipo de familia propuesto por Morgan, la familia Punalúa, la cual era considerada por el citado autor como

La unión marital entre varias hermanas, propias o colaterales, con los maridos de cada una de las otras, en grupo, no siendo indispensable que los maridos comunes estuviesen emparentados entre sí. “*Asimismo, varios hermanos, propios o colaterales, se casaban con las esposas de cada uno de los otros, en grupo, no siendo indispensable que estas esposas estuvieran emparentadas entre sí, aunque en ambos casos esto sucedía con frecuencia. En cada caso, el grupo de hombres se casaba en conjunto con el grupo de mujeres*”(Morgan, págs. 395 - 396)

Aunque con anterioridad se dio a entender que los límites que se instauraron para las relaciones sexuales entre hermanos y hermanas, y por consiguiente la negativa a permitir el matrimonio entre hermanos y hermanos uterinos dio las bases para el surgimiento de la familia Punalúa, para que esta familia prevaleciera y se constituyera en el nuevo tipo de familia, tuvo que pasar por un camino duro que no solamente consistía en poner ese límite, sino también en cambiar de manera radical la estructura social de las tribus en que la familia consanguínea había prevalecido con anterioridad.

Este cambio se produjo por la irrupción de la comunidad gentilicia, la cual basaba sus lazos no en la consanguineidad sino en la afinidad, a la cual Morgan equipara a la familia Punalúa, cuando señala:

...Todas las hermanas de su esposa, propias y colaterales, son a la vez esposas suyas. Pero el marido de la hermana de su mujer le dice Punalúa, es decir, compañero íntimo; lo mismo a todos los maridos de las distintas hermanas de su esposa. Todos estaban casados entre sí en grupos. Es probable que estos maridos no fuesen hermanos; de haber sido, el parentesco de sangre habría prevalecido sobre el de afinidad; pero sus esposas eran hermanas propias y colaterales. En este caso la fraternidad de las esposas sería la base sobre la que descansaba el grupo, y los maridos ocuparían entre sí la relación de Punalúa. En el otro grupo que descansaba en la fraternidad de los maridos, la mujer llamaba marido al hermano de su marido. También eran maridos suyos todos los hermanos de su marido, propios y colaterales. Pero llama Punalúa a la esposa del hermano de su marido, y todas esposas de los hermanos de sus maridos están para con ella en la relación de Punalúa. Es probable, por las razones dadas en el otro caso, que estas esposas no fuesen hermanas entre sí aunque hubiera, sin duda, excepciones en ambos casos. Todas estas esposas guardaban entre sí la relación de Punalúa”.(Morgan, pág. 433)

Si bien es cierto que en los dos tipos de familia anteriormente mencionados era imposible determinar la paternidad de los hijos, debido a las constantes relaciones incestuosas que se daba dentro de la comunidad ya que se compartían parejas, sí se tenía completa certeza de quién era la madre biológica de los hijos, cabe recordar que en estas comunidades consanguíneas y Punalúa los hijos de la hermana de un hombre eran también

hijos de ese hombre, el vínculo no se establecía por la línea masculina sino entre una madre y su hijo uterino. Vale decir que solo se reconocía línea de descendencia por vía femenina.

Pero pese a lo significativas que eran las familias consanguíneas y Punalúa en las comunidades donde se desarrollaron, dentro de estas mismas comunidades se comenzaron a desarrollar ciertos comportamientos de discriminación y aislamiento de parejas conyugales, puesto que, algunas veces, el hombre y la mujer buscaban, entre tanta promiscuidad sexual, compañeros favoritos, con los cuales se unían por un tiempo más o menos largo. En este punto surge la familia Sindiásmica o por parejas, la cual se *“basaba en el matrimonio de parejas solas, pero sin cohabitación exclusiva. El matrimonio duraba a voluntad de las partes”*. (Morgan, pág. 396)

En este tipo de familia se puede observar los primeros acercamientos a lo conocemos como la monogamia, pero este tipo de monogamia no poseía los elementos a los que hoy estamos acostumbrados. Si bien en la familia Sindiásmica la conformaban parejas solas, el hombre y la mujer no estaban en igualdad de condiciones, ya que el hombre vivía temporalmente con una sola mujer pero conservaba su derecho a la poligamia; mientras que la mujer durante el tiempo que durara su vida en común con su esposo estaba obligada a conservar la más estricta fidelidad, si infringía dicha fidelidad era sometida a los más duros castigos.

Observando esto se puede intuir que la unión entre este tipo de parejas no era movida por los sentimientos como lo entendemos en la actualidad, sino que la unión se daba por la búsqueda por parte del hombre de llenar un vacío de conveniencia y necesidad, no solo para el hombre sino también para toda su familia y la familia de la mujer

seleccionada, por lo cual la búsqueda del hombre estaba condicionada por parte del criterio de las madres al concertar el matrimonio por lo que, en algunas ocasiones, se daba el caso en que los dos contrayentes nunca se habían visto y las uniones eran de carácter efímero y al separarse los hijos concebidos durante el tiempo que durara la unión quedaban solo a cargo de la mujer. Con el transcurso del tiempo, los hombres se dieron cuenta de lo inútil y poco provechosas que eran este tipo de uniones por lo que decidieron realizar por sus propios medios los rituales de cortejo a mujeres de otras comunidades, pero si esto no funcionaba las raptaban del seno de dichas comunidades. Pese a que algunas mujeres eran raptadas y obligadas en contra de su voluntad a estar en matrimonio con su raptor, las mujeres lucharon por la posibilidad de ser las únicas compañeras del hombre y por tener la oportunidad de criar a sus hijos, con lo cual ejercieron un gran poder dentro de la vida doméstica de las familias Sindiásmica y la comunidad a la que pertenecían.

Como en la familia Sindiásmica se optó por la monogamia y la estabilidad sexual entre una sola pareja, la paternidad de los hijos era de un solo hombre. Este tipo de evolución en la forma de la familia y en el reconocimiento por parte de ambos padres de los hijos, fue seguido paralelamente por el desarrollo de las actividades económicas como la ganadería y el pastoreo, dichas actividades a cargo de los hombres, los cuales, al ver que sus rebaños se asentaban en diferentes territorios, entraron a ver la necesidad de apoderarse de ellos para su beneficio económico, surgiendo así la propiedad privada, y con dicha propiedad, el hombre desplaza a la mujer como eje de la comunidad y de su familia, ya que en épocas anteriores la madre era considerada como única responsable de sus hijos y todo el patrimonio familiar era manejado por ella; con el advenimiento de la vida sedentaria es el

hombre quien alcanza el dominio de la familia y por lo tanto ejerce su poder sobre la mujer y los hijos.

Dado el surgimiento de la propiedad privada y al afianzarse el hombre como centro de la familia y de la comunidad, surge el cuarto tipo de familia postulada por Morgan: la *familia patriarcal*, a la cual, bajo el poder del jefe de familia, pertenecían todas las personas que se encontraban bajo su potestad, incluyendo otras mujeres. A primera vista parece intuirse que se produce un retroceso con relación a la familia Sindiásmica ya que se dan las condiciones para un resurgir de la poligamia y la mujer ve en peligro su papel de única compañera sentimental del hombre, pero Morgan explica que la familia patriarcal no se basa en el derecho a la poligamia por parte del hombre sino que la característica esencial es:

... La agrupación de un número de personas, libres y serviles, que formaban una familia sujeta a la autoridad paterna, constituida con el propósito de mantener la ocupación de tierras y criar rebaños y manadas. Los de condición servil y los que formaban la servidumbre mantenían relaciones matrimoniales, y, con el patriarca de jefe, constituían una familia patriarcal. El hecho material era la autoridad sobre sus miembros y sobre sus bienes. Lo que dio a la familia sus atributos de institución original fue más bien la incorporación de muchos individuos a la condición servil o dependiente, antes desconocida, más que la poligamia. El fin buscado por este gran movimiento de la sociedad semítica que creó a esta familia fue la autoridad paterna sobre el grupo y, con ella, una individualidad más elevada de las personas(Morgan, pág. 466)

El ejemplo más utilizado para visualizar este tipo de familia son las constituidas en la antigua Roma, en donde el *pater* o patriarca ejercía un control sobre sus *filius*, entiéndase por estos últimos como sus hijos concebidos en justas nupcias, y sus familias, es decir, la autoridad la debían respetar los descendientes por línea de sangre o consanguíneos sino también aquello que tenían algún grado de afinidad con él.

Independientemente de estos planteamientos desarrollados por Morgan y sus seguidores, es conveniente observar que en las grandes civilizaciones que dieron origen a la cultura occidental también se presentaban características especiales en torno a la concepción de familia, como puede observarse al estudiar las civilizaciones greco romanas que dieron origen al derecho continental actual.

1.2.2. El mundo helénico

Para entender el concepto de familia en el mundo griego, fundamentalmente en Atenas que será la sociedad de la cual saldrán la gran mayoría de las figuras jurídicas griegas de la antigüedad, es necesario entender que la familia era el núcleo esencial de la sociedad y que estaba a cargo del padre, el papel de la mujer en la sociedad era más cerrado y complejo mientras más rica y prestigiosa fuese la familia, siendo así que en las familias de clase alta las mujeres poco compartían en sociedad y debían dedicarse al cuidado de los hijos y de las actividades del hogar, las cuales supervisaban personalmente así fuesen realizadas por esclavos.

La familia era una institución básica en la antigua Atenas. Estaba formada por el esposo, la esposa y los hijos (una familia nuclear), aunque también consideraban como parte de la familia a otros parientes dependientes y a los esclavos, por razón de su unidad económica.

La función principal de la familia era la de engendrar nuevos ciudadanos. Las estrictas leyes del siglo y estipulaban que un ciudadano debería ser producto de un matrimonio, reconocido legalmente, entre dos ciudadanos atenienses, cuyos padres también

fueran ciudadanos. Por ley, la propiedad se dividía al azar entre los hijos sobrevivientes; como resultado, se buscaba que los matrimonios se realizaran entre un círculo cerrado de parientes, con el fin de preservar la propiedad familiar. La familia también ejercía la función de proteger y enclaustrar a las mujeres.(Spielvogel, 2014)

El matrimonio, que inicialmente era concertado por las tribus, paulatinamente pasó a ser un arreglo entre las familias, para conservar así el linaje y las conveniencias económicas y sociales. La mujer generalmente se casaba muy joven, siendo normal que existiese entre ella y el cónyuge una diferencia sustancial de edad. Como la conservación del linaje y la situación social eran tan fundamentales para los griegos eran comunes los matrimonios entre familiares (entre primos o entre tíos y sobrinas).

Debe advertirse, eso sí, que el concepto de familia en Grecia antigua se acercaba más al concepto de hogar, en sentido amplio, es decir como el conglomerado jurídico y económico de quienes conforman la familia, dicho en el sentido aristotélico se *“habla más bien de oikía, casa familiar, que los latinos vertían por domus o familia doméstica. Pues oikía significa no tanto el edificio en que se habita (dôma) cuanto el conjunto de hombres y de bienes que lo integran”*.(Cruz, 2011)

Esta concepción griega está ligada, de todas maneras, a lo que podría denominarse fórmula clásica que implica que en matrimonio deba realizarse entre un hombre y una mujer, porque aunque la homosexualidad era admitida como algo natural entre los griegos, tal como lo afirma Robert Brady Yamirka,(Brady, 2013)esta no era más que una práctica que se realizaba como una iniciación de los jóvenes en el mundo del sexo y daba cuenta del sentido de superioridad que tenían los griegos sobre las mujeres, cuyas relaciones lésbicas

eran mal miradas, por considerarlas solo aptas para la reproducción pero no para la exaltación del placer.

La Antigua Grecia y el imperio romano forman parte de aquellas sociedades en las que existía el erotismo entre hombres, valorado desde el sistema de la cultura como una experiencia sexual normal, aunque los ejemplos que la historia atesora en lo concerniente a Grecia y Roma solo refieren este tipo de práctica en la alta aristocracia.

Para entonces, no podemos hablar de homosexualidad con el sentido en que actualmente se conoce el término, pues lo que existía era una especie de bisexualidad en los hombres. El término de uso común al respecto era sodomía, entendida como la penetración anal a otra persona, sin importar el sexo de ambos.

La homosexualidad masculina entre los griegos se valoraba como normal, aunque había ciertas restricciones. Un muchacho entre la pubertad y el crecimiento de la barba podía ser el amante de un hombre mayor, pero se consideraba más extraño que dos hombres adultos mantuviesen una relación amorosa.

La relación homosexual entre los adultos y los adolescentes púberes, tomaba lugar dentro de un contexto educativo en el que el adulto cumplía los roles de formar en lo intelectual y ético a su pupilo, otorgándole conocimientos morales, científicos, políticos y sociales. En este tipo de relación estaban bien claros los roles. El eratés o amante era el miembro de mayor edad y el más activo de una pareja homosexual, mientras el erómenos era el otro miembro de la pareja, más joven y seguramente pasivo. (Brady, 2013, pág. 661)

1.2.3. La antigua Roma

En un sentido general el concepto de familia en Roma hace relación a todas las personas que están bajo la patria potestad del jefe de familia, llamado pater familias, lo cual implica que no hay una concepción moderna de la familia, a pesar de provenir el derecho continental del derecho romano.

La patria potestad es el privilegio que tiene el jefe de familia de someter a su mandato no solo a los hijos sino a todas aquellas personas que llegan al núcleo familiar, bien como consanguíneos (cognados) o como afines (agnados) e incluso como siervos que sin tener vínculos por líneas de ascendencia o descendencia, se unen a la familia tomando, incluso, el nombre de ella.

El matrimonio entre los romanos no era respaldado por escrito; había una ceremonia con testigos donde además era entregada la dote de la mujer (si es que tenía una), y por supuesto también una fiesta. No había tampoco ningún alcalde o párroco que presenciara necesariamente la ceremonia. Era un acto privado “que ningún poder público tenía por qué sancionar”, pero era obligatorio llevar testigos. Al principio solo se podían casar los patricios (descendientes directos de los fundadores de Roma), pero hacia el 445 a.C. se pudieron casar también los demás ciudadanos, incluidos los plebeyos. Los que nunca se pudieron casar fueron los esclavos, los extranjeros, los actores y las prostitutas.

La convivencia de una pareja era tolerada; así lo demuestra la diferencia que había entre matrimonios con mano (*cum manu*) y las uniones sin mano (*sine manu*), en el primer caso la mujer pasaba oficialmente a obedecer a su marido, mientras que en el

segundo caso, a pesar de dejar la casa, la mujer seguía bajo el mando de su propio padre. (El Matrimonio en la antigua Roma, 2014)

Estas formas tradicionales de constituir la familia a través de la imposición de la patria potestad a la mujer se va a ir transformando puesto que empiezan a caer en desuso figuras como la *confarraetio*, la cual establecía el vínculo matrimonial entre los esposos e incorporaba a la mujer como parte integral de la familia; la *coemptio*, sistema por el cual se adquirían en Roma las cosas de gran valor y que establece por lo tanto el matrimonio por compra y el *usus*, que era una forma de posesión de la mujer por parte del pater familias después de un año de convivencia sin haber celebrado ceremonia alguna.

A partir del siglo II a. C. comenzó a caer en desuso la costumbre de que la mujer pasase a formar parte de la familia del marido cuando contraía matrimonio. La elección entre un matrimonio *cum manu* y uno *sine manu* (como se denominan los matrimonios acompañados y no acompañados, respectivamente, de la entrada de la mujer en la nueva familia), no afectaba exclusivamente a los cónyuges sino a las dos familias en cuestiones de herencia. A partir del siglo II a. de C. el matrimonio *cum manu* se hace menos frecuente. Las uniones matrimoniales se contraían cada vez con más frecuencia, sin ninguna formalidad constitutiva. Lo que no significa que el comienzo de la convivencia se realizase sin formalidades, ya que continuaban acompañándose de ceremonias y hacían público el nacimiento de un nuevo hogar doméstico. (E. Cantarella, 1996, págs. 107-109)

En cuanto a las relaciones entre parejas del mismo sexo se tenía un concepto muy similar al griego, puesto que las relaciones entre hombres eran comunes, sobre todo cuando se trataba de una relación entre un hombre joven que asumía el papel pasivo y un hombre

mayor que ejercía la posición activa frente al sexo. Tal vez uno de los ejemplos más claros de esta situación sea la relación entre el emperador Adriano y su joven amante africano Antino, relación bellamente descrita por la escritora de novela histórica Marguerite Yourcenar.(Yourcenar, 2005)

El concepto estaba sostenido en la creencia común que el amor hacia una mujer disminuía la imagen del hombre, lo cual era un desprestigio en una sociedad guerrera en la cual los hombres no podían mostrar signos de debilidad.

La sociedad romana era muy machista, por tanto, la identidad masculina representaba un alto grado de consideración social. Para sentirse hombres no debían ser penetrados, sino tomar la parte activa en las relaciones sexuales. Cuando se quería asumir un papel sumiso debía hacerse en la intimidad si no se quería ser la comidilla.

1.2.4. Sexo sin amor

Se consideraba que el enamoramiento se producía tan solo entre parejas heterosexuales, y que el prendarse de una mujer podía llevar al hombre a un estado de servilismo frente a la amada, lo que no sobrevenía en las relaciones homosexuales.

Era asumido, socialmente, por las mujeres romanas el hecho de que las esposas no debían sentirse celosas de los devaneos de sus cónyuges con otros hombres. Debían soportarlo con dignidad y sensatez. Los esposos podían tener sexo con otros hombres o con prostitutas, eso sí, dentro de unos límites de cantidad razonables en la época.

Era lo normal en la época. Julio César era conocido como *“hombre para mil mujeres y mujer para mil hombres”*.(Ramos, 2012)

Si bien la aceptación de las relaciones homosexuales fue común y parte misma de la cultura romana eso no produjo que se pensase alguna vez que podía establecerse la figura del matrimonio para dos personas del mismo sexo, puesto que en ningún momento se confundieron la figura del matrimonio y de la relación homosexual.

1.2.5. La edad media

Debido a la decadencia de la civilización romana tras la invasión militar y cultural a la cual va a ser sometido el imperio romano a manos de las tribus bárbaras, entre ellas los godos, visigodos, unos, francos y alamanes, el derecho romano entra en decadencia y la única autoridad que puede unificar a los habitantes del antiguo imperio va a ser la iglesia cristiana, que queda dominando todas las esferas del pensamiento y la cultura de los pueblos europeos.

La iglesia va a tratar de implementar unas nuevas características para la institución matrimonial, que estén más de acuerdo con los planteamientos de una institución monogámica, en la cual debe prevalecer, como una herencia de la antigüedad, el papel dominante del hombre, reduciendo las relaciones sexuales a un simple factor de reproducción y llevando a la mujer a una posición todavía más servil que la practicada en las antiguas culturas, toda vez que su rol se circunscribe a la esfera de lo doméstico sin ninguna injerencia en la actividad social.

El homosexualismo será rechazado al considerar que, al igual que el concubinato y el incesto, se trata de costumbres bárbaras que van contra la concepción del ideal cristiano.

El principal objetivo por parte, sobre todo, de las altas esferas eclesiásticas, fue acabar con las tradiciones provenientes de los bárbaros quienes, entre otras prácticas, tenían como aceptado el concubinato, el adulterio- que en realidad no era como lo conocemos sino que al no tener instituido el matrimonio, podían unirse y separarse libremente- así como el incesto, donde los hombres se relacionaban con primas, hermanas o las hijas de éstas.

Por ello la respuesta de la Iglesia fue el asentar el matrimonio como institución que llevaría al buen orden social, alejando prácticas poco deseables.

En el matrimonio, cada uno de los cónyuges tenía una posición - la privada para las mujeres, la pública para los hombres- y funciones diferentes - los hombres eran los encargados de mantener a la familia, las mujeres de cuidar al esposo, los hijos y la casa- para asegurar la armonía y el buen desarrollo de la convivencia. Siendo el matrimonio unión entre hombre y mujer, las relaciones entre el mismo sexo, tradición proveniente del mundo clásico, también pasaron a ser una práctica prohibida. El matrimonio debía ser heterosexual- aunque no utilizaran esta misma palabra- y ningún otro. Todo el intrincado concluía con la amenaza de excomunión, una terrible pena en la Edad Media, y con el juicio divino que castigaría a los pecadores enviándoles directamente al Infierno.(Molina Reguilón)

Esta posición de la iglesia tuvo grandes opositores, sobre todo entre las clases nobles que pretendían conservar sus privilegios ancestrales y que veían en la eliminación de figuras como el concubinato y el incesto, una limitación a las formas tradicionales de

conservar el poder y, sobre todo, el dominio sobre la tierra que era, en aquellos tiempos, la mayor riqueza que un hombre pudiera tener.

La iglesia contó con grandes dificultades para imponer su modelo. Según algunos estudiosos, en la etapa de las prohibiciones más severas, la alta edad media, el papel de la iglesia en la regularización del matrimonio era muy limitado. Es más, su modelo concurría con otros modelos, los nobiliarios, que podemos considerar los dominantes, y que no excluían el matrimonio entre primos, ni el concubinato, ni el divorcio. Precisamente, en época carolingia, los esfuerzos de la iglesia no estuvieron dirigidos a imponer esas severas limitaciones en el terreno del incesto, como a eliminar el concubinato y establecer el carácter indisoluble del matrimonio. Así, es célebre la intervención de Luis el Piadoso, cuando al llegar al palacio de su padre Carlomagno en Aquisgrán, tras la muerte de éste, expulsó del mismo a todas las concubinas. (Loring García, pág. 9)

En cuanto al concepto de familia éste terminará ligado con el de parentela conservando un poco, en este sentido, el concepto romano de las personas reunidas en torno al paterfamilias. Este concepto de familia hará relación no solo a las personas provenientes de la unión de la pareja sino que incorporará a todas aquellas personas que, bajo una u otra razón, se consideran parte de la familia.

Por ejemplo, durante la Alta Edad Media permanece en uso para el caso el término *domus* o casa noble, que además se amplía con respecto a la época clásica romana para integrar, por una parte, junto a la pareja conyugal, y sus descendientes a otros parientes-descendientes de uniones previas, hijos de concubinas, hermanos y hermanas solteras,

sobrinos- y, por otra parte, junto a los esclavos y otros servidores domésticos y siervos rurales a los miembros de las comitivas o mesnadas.(Loring García, pág. 17)

1.2.6. La situación actual

Como puede observarse durante la edad media las figuras del matrimonio, de la familia y de las relaciones entre parejas del mismo sexo se endurecen con relación a la permisividad que estas tenían durante la edad antigua y se van a acercar, de una manera visible a la implementación de las características básicas que tendrán en la edad moderna, durante las primeras formaciones de los ordenamientos jurídicos que se gestarán bajo la estructuración de los Estados nación. Concepciones que durarán durante muchos años hasta la irrupción de las nuevas tendencias post modernas que comienzan a abogar por un reconocimiento de nuevas estructuras que correspondan a una sociedad cada vez más tecnificada y en la cual los elementos de la sexualidad comienzan a tener una nueva caracterización, sobre todo por el reconocimiento de la autodeterminación sexual y por la nueva conceptualización de la mujer acerca de sí misma y de su papel de género, gracias a lo que se ha denominado *la liberación femenina* que no es otra cosa que el reconocimiento de la igualdad de valores entre los distintos sexos.

Actualmente, puede observarse, entonces, cómo, gracias al reconocimiento de unos derechos antes olvidados y denigrados por la misma cultura, a la virtualización del mundo surgida de las tecnologías de la información, a la liberación de las raíces del pasado, que son manifestación histórica del pensamiento moderno, y a otra serie de variables que han permitido que el hombre se libere de ideas preconcebidas y se reconozca a sí mismo como miembro de una sociedad en permanente gestación, se empieza a observar una corriente,

cada vez más creciente, de personas que manifiestan una autodeterminación sexual encaminada a compartir no sólo el sexo sino las relaciones de familia, con parejas del mismo sexo, razón por la cual los legisladores de algunos países han decidido darle libertad a sus ciudadanos para que puedan escoger libremente la forma de constituir su propia familia.

Este asunto ha sido debatido con argumentos en pro y en contra y ha llevado a que las opiniones encontradas frente al tema, debatan abiertamente, el papel que juegan los conceptos religiosos y morales en los ordenamientos jurídicos que regulan a la sociedad.

CAPÍTULO II

2. RÉGIMEN DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA

Para poder entrar a indagar acerca de la posibilidad de implementar en Colombia el matrimonio homoparental o matrimonio igualitario es necesario estudiar en primer lugar el régimen del matrimonio tal y como está establecido en el país, tanto desde su ubicación constitucional como desde las leyes que regulan la materia, al igual que es necesario establecer cuáles son las consideraciones jurisprudenciales en torno a dicha institución, al tiempo que se hace necesario realizar un derrotero del lento reconocimiento de derechos frente a las parejas homosexuales.

2.1. Ubicación Constitucional

Al hablar de la consagración constitucional que tiene la institución del matrimonio y contrastarlo con los derechos que tienen las personas del mismo sexo de alcanzar una igualdad frente a las demás personas, se puede observar que en esta dicotomía se ven afectados varios artículos de los contenidos en la Carta Magna de 1991. En primer lugar debe tenerse en cuenta que ya desde el preámbulo el constituyente hace un reconocimiento a la igualdad de todas las personas como uno de los fines esenciales de la nación.

En el artículo 5° hace una clara alusión a la familia como “*institución básica de la sociedad*”, sin señalar criterios que, constitucionalmente, establezcan discriminación frente a la igualdad. Para este análisis es fundamental el contenido del artículo trece el cual señala, expresamente:

Artículo 13• Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados (...).

En el mismo sentido el artículo 16 es explícito cuando afirma que *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”*

Esta vaguedad en cuanto a la autodeterminación sexual y sus implicaciones a la hora de conformar una pareja por personas del mismo sexo va a encontrar una limitación constitucional expresa en el artículo 42, el cual indica que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”*

Este postulado es el eje y centro de la discusión dado que en él se establece de manera explícita que la familia se constituye por un hombre y una mujer, con lo cual, a menos que se haga una legislación expresa en ese sentido, no podría pensarse en la validez de matrimonios celebrados entre parejas del mismo sexo, tal como lo expresó la Corte Constitucional, organismo que en sentencia C-577 de 2011 en la cual estudió la posibilidad de conceder el matrimonio a parejas homosexuales, exhortó al Congreso para que *“Legisle de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con*

la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”.(Sentencia C-577 , 2011)

Por considerar que la interpretación textual del artículo 42 de la Carta indica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda “en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, en tanto que la familia natural se constituye “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde se desprende que “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”. La consecuencia inevitable de la anterior conclusión consiste en que, si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, “*no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales*”.(Sentencia C-577 , 2011)

2.2. Marco Legal

La ley 57 de 1887 incorpora el Código Civil al ordenamiento jurídico colombiano, código en el cual, en el artículo 113 se señala, al igual que lo hace la actual Constitución que el matrimonio “*es un contrato solemne entre un hombre y una mujer*”, expresión que es declarada exequible por la Corte Constitucional cuando señala que:

Como quiera que, tratándose del matrimonio y de su requisito de heterosexualidad, no hay oposición entre las exigencias del artículo 13 superior y el contenido del artículo 42

de la Carta, es inadmisibles predicar la existencia de una discriminación proveniente del segmento tachado de inconstitucional, debiendo aclararse que sí, dentro de la variedad de familias constitucionalmente protegidas, la Carta brinda una especial protección a la surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales, ello no significa desprotección del resto de familias que también son institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, ni la existencia de un propósito discriminador, que tampoco se encuentra en el artículo 113 del Código Civil, pues, pese a su antigüedad más que centenaria, recogió la realidad de su tiempo de la misma forma como lo hizo la Constitución, al brindarle especial atención a la familia heterosexual surgida del matrimonio, entre otras razones, porque en ninguno de los dos momentos había cobrado visibilidad la realidad homosexual, que solo vino a plantear reivindicaciones públicas en las postrimerías del siglo XX.(Sentencia C-577 , 2011)

La ley 25 de 1992, reglamentada por el Decreto 782 de 1995, hace un reconocimiento de los matrimonios celebrados bajo los credos de diferentes religiones y determina que frente a matrimonios religiosos se surta, con el divorcio civil, la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, pero en todo momento obra sobre el entendido que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer, como base fundamental para la constitución de la familia.

De igual manera la ley 294 de 1996, por la cual se dictan normas tendientes a prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, al definir quienes componen la familia establece que

Artículo 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

La ley 54 de 1990 define las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, equiparándolo en los aspectos económicos a los matrimonios contractualmente constituidos. Es de advertir que dicha ley tiene efectos retrospectivos de acuerdo a lo establecido por el fallo 261 de 2011 de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se señaló que

- a) ... Mientras la irretroactividad se instituyó "para dejar a salvo los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas, inclusive los hechos fenecidos sin regulación legal", la retrospección o aplicación inmediata de la ley "se entronca es con las cuestiones fácticas en curso y con las del porvenir, para *'evitar que se perpetúen injusticias sociales'*".
- b) "(...) al reconocer el legislador el hecho social inobjetable de las uniones maritales, como fuente de la familia natural, frente a la voluntad responsable de la pareja de conformarla, esto denota que su intención no fue borrar los hechos durables preexistentes y hacer cuenta nueva, sino que los tomó en ese momento como presentes, y porque al fin de cuentas, al ser consciente de ese estado de cosas, no puede decirse que el mismo hecho social que subsistía al entrar a regir la ley, es distinto después de legislado".
- c) En cuanto hace a la atribución del estado civil de compañero o compañera permanente que se deriva de la unión marital de hecho, según lo reconoció la Corte en auto del 18 de julio de 2008 (Expediente 2004-00205), se precisó que "los estados civiles de las personas se establecen o modifican igualmente por fuerza de los *'hechos'* (artículo 2° del Decreto 1260 de 1970)" y que, por ende, no es la sentencia en que se reconoce la existencia de una unión marital de hecho la que atribuye dicho estado civil a los miembros de la correspondiente pareja, pues el fallo que en tal sentido se profiera tiene efectos meramente declarativos, sino la circunstancia fáctica misma de la unión marital, que es fruto del proceder

libre y consciente de los compañeros de haber unido sus vidas, tal y como acontece en los casos de filiación, puesto que la condición de hijo se tiene desde el mismo momento del nacimiento y no desde cuando se efectúe la declaración pertinente en un fallo judicial.(Fallo 261 , 2011)

Como puede observarse, sin hacer un reconocimiento expreso del matrimonio entre parejas del mismo sexo, la legislación y la realidad social van estableciendo la necesidad de prestar a este tema un interés especial; en este sentido va a ser muy importante el papel de legislador que alcanza la Corte Constitucional, al amparo del artículo 241 de la Carta superior. Por esta razón se hace necesario hacer un seguimiento a la paulatina aceptación que va haciendo el alto Tribunal de los derechos que tienen las parejas del mismo sexo, conceptos estos que van moldeando una posible contextualización encaminada a un reconocimiento del matrimonio igualitario.

2.3. Derrotero Jurisprudencial

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la lucha por buscar la igualdad entre las parejas heterosexuales y las homoparentales ha sido lenta pero constante, dado que el homosexualismo se constituye en una realidad del devenir humano, presente en todas las culturas y que, en la actualidad, es una situación que, dada su incidencia, afecta aspectos no solo sociales sino de orden familiar, económico y jurídico, por lo cual ha sido necesario que tanto a nivel legal como jurisprudencial se vaya estructurando un reconocimiento pleno de los derechos y obligaciones que tienen las parejas homosexuales tanto entre sus miembros como con la sociedad a la cual pertenecen. Motivo por el cual se tendrán en cuenta en este estudio de los distintos reconocimientos que se han hecho presentes en la jurisprudencia nacional.

2.3.1. Derecho a la libre opción sexual

La Corte Constitucional hace un reconocimiento expreso de la libertad que la Constitución misma reconoce a toda persona de asumir su propia identidad sexual, lo cual no puede ser un obstáculo para que cada persona asuma su propia condición social y decida, si así lo desea, constituir libremente una pareja estable con otra persona del mismo sexo, tal como se desprende de los señalamientos que hace en el proceso de revisión de constitucionalidad parcial de los artículos 1° y del literal a) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, “*Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, demanda que se presenta por considerar que se están violando los derechos de las parejas homoparentales al definir las uniones maritales como las compuestas por un hombre y una mujer. En dicha sentencia la Corte sostiene que

... Las disposiciones acusadas, sin embargo, no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho constitucional a la libre opción sexual. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. (Sentencia C- 098 , 1996)

Bajo estos argumentos la Corte señala expresamente que no puede el Estado, bajo una pretendida moralidad pública, entrar a limitar la libertad de las personas puesto que se estarían vulnerando los derechos fundamentales dado que:

... La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La

sexualidad, por fuera de la pareja y de conjuntos reducidos de individuos, no trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniformes de contenido sexual.(Sentencia C- 098 , 1996)

2.3.2. Régimen patrimonial

Esta misma sentencia sirvió de base para asentar la tesis del alto tribunal sobre el reconocimiento de un régimen patrimonial entre compañeros permanentes del mismo sexo, bajo el argumento que las relaciones económicas no pueden estar supeditadas a que las personas que lo constituyan deban ser del mismo sexo pues ello iría contra la naturaleza misma de los negocios:

... A juicio de esta Corte, desde el punto de vista constitucional, la conducta y el comportamiento homosexuales, tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas. La sexualidad, heterosexual u homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, se integra en el marco más amplio de la sociabilidad. La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo. (Sentencia C- 098 , 1996)

Con ello la Corte hace un reconocimiento manifiesto a la libertad de cada individuo para definir su identificación sexual y determinar con quién y en qué circunstancias conforma una familia que responda a sus expectativas, más allá de las imposiciones de una política estatal:

... Admitir que el Estado pueda interferir y dirigir el proceso humano libre de adquisición e interiorización de una determinada identidad sexual, conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente. El ser no puede sacrificarse por una razón de Estado, en un campo que no incumbe a éste y que no causa daño a terceros. La

protección de las autoridades a todas las personas y residentes en Colombia (C.P., art. 2) tiene forzosamente que concretarse, en esta materia, en el respeto a la libre opción sexual.(Sentencia C- 098 , 1996)

Concepto este que reitera cuando establece la libertad de los individuos para celebrar contratos sin que puedan hacerse valer conceptos de índole diferente a la libre voluntad que motiva a cualquier persona cuando decide hacer uso de su voluntad para establecer lazos contractuales:

... Las disposiciones acusadas, sin embargo, no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho constitucional a la libre opción sexual. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. En todo caso, la orientación sexual, en modo alguno empece a las personas a celebrar válidamente con sus pares o con terceros, contratos o negocios de contenido patrimonial, inclusive de naturaleza asociativa.(Sentencia C- 098 , 1996)

Frente al tema propuesto es de vital importancia señalar que la ley 54 de 1990 fue modificada por la ley 979 de 2005 la cual, a su vez, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-075 de 2007, bajo el criterio que lo señalado frente al régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho debe cobijar a las parejas homosexuales, con lo cual se amplió el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, al señalar el Alto Tribunal que:

... El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. (Sentencia C-075 , 2007)

Razones estas que llevan al máximo tribunal constitucional haga extensiva su interpretación a las parejas homosexuales, en el entendido que cumplan con los requerimientos específicos establecidos por la ley, dado que:

... A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. (Sentencia C-075 , 2007)

Planteamientos con los cuales se establece, por vía jurisprudencial, la igualdad entre las parejas heterosexuales y las homosexuales en cuanto al régimen patrimonial establecido por la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, igualdad que se hace evidente cuando la Corte señala que:

... Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.(Sentencia C-075 , 2007)

2.3.3. Porción conyugal

La Corte Constitución en la sentencia C-283 de 2011 reconoce que la porción conyugal tanto para el compañero o la compañera sobreviviente, bien sea que el vínculo matrimonial se haya establecido por una relación contractual o por la libre voluntad de la pareja que decide constituir una familia por la simple convivencia, con lo cual equipara al

matrimonio contractual con las uniones maritales de hecho, haciendo, además, un reconocimiento expreso a la posibilidad que el compañero o compañera sobreviviente sea del mismo sexo, cuando, en alusión directa a la sentencia C-075 de 2007 señala que en ella la Corte

... Reconoció la existencia de las parejas del mismo sexo y resolvió la pregunta de si el régimen jurídico reconocido por el legislador y la jurisprudencia constitucional a las uniones maritales de hecho podía ser extendido a las parejas del mismo sexo, señalando que negar a éstas el régimen de protección patrimonial que se le otorga a las uniones maritales era contrario a la dignidad y al derecho al libre desarrollo de la personalidad de éstas y generan una discriminación prohibida expresamente por la Constitución.(Sentencia C-075 , 2007)

Con lo cual estableció la posibilidad que el compañero o compañera permanente tenga derecho a porción conyugal, efecto jurídico que va a ser sostenido con mayor fuerza puesto que el alto tribunal señala que

... Para la Sala no existe ninguna razón objetiva ni razonable que justifique que para acceder a lo que la legislación civil denomina “porción conyugal”, el requisito esencial sea el vínculo matrimonial, hecho que posiblemente se justificaba para la época en que fue expedida la norma, época en que el contrato de matrimonio era el único reconocido. Pero hoy, la libertad de autodeterminación reconocida a todos los individuos y que expresamente nuestra Constitución reconoce, permite sostener que la diferencia de trato en lo que hace al reconocimiento de esta garantía patrimonial para el supérstite sea cónyuge o compañero y/o compañera permanente, resulta contraria al artículo 13 constitucional, donde la diferencia de trato proviene de la naturaleza del vínculo con que dos personas han decidido compartir y hacer realizable su proyecto de vida. De igual manera, analizada la finalidad que persigue esta garantía patrimonial, no hay razón que permita afirmar válidamente que ella sólo pueda tener como destinatario a quien tenga un contrato matrimonial, ya que esta figura tiene su fundamento no en el contrato de matrimonio sino en la necesidad de proteger al miembro de la relación que después de una convivencia fundada en el apoyo y las renunciaciones mutuas, queda con un patrimonio inferior al de aquel que falleció y que le permite optar por participar en él.(Sentencia C-283, 2011)

2.3.4. Vocación sucesoral

Otro aspecto en el cual la Corte Constitucional ha creado una orientación jurídica frente a las parejas homosexuales es en cuanto a la vocación sucesoral, es decir, la aceptación de la existencia de derechos del compañero del mismo sexo para ser legitimado como heredero al fallecimiento de su compañero o compañera permanente, con lo cual se hizo justicia con el miembro supérstite de la pareja que de otra manera podía ver defraudada su participación activa en la constitución de un patrimonio consolidado durante los años de convivencia. Al respecto la Corte estableció que

... Como quiera que el artículo 1233 del Código Civil regula un aspecto referente a la porción conyugal y alude al cónyuge sobreviviente y al cónyuge que ha fallecido, es claro que, por las razones anotadas, la inconstitucionalidad originada en la insuficiencia de la regulación y en la consecuente exclusión del compañero o compañera, de distinto sexo o del mismo sexo, también alcanza a este precepto, motivo por el cual se impone entender que en las menciones en él hechas al “cónyuge” comprenden al compañero o compañera permanente que sobrevive al causante, sea que la respectiva unión de hecho haya sido conformada por personas de distinto sexo o por personas del mismo sexo.(Sentencia C-238 , 2012)

2.3.5. Adopción

Uno de los aspectos más difíciles de tratar en cuanto a la posibilidad de dar una igualdad a las parejas constituidas por dos personas del mismo sexo es la de la adopción, puesto que allí confluyen muchos elementos de orden ético, moral y cultural, además de algunas consideraciones de carácter psicológico que son citadas para aceptar o contradecir los efectos que pueda tener sobre los hijos adoptados la condición homosexual de quienes configuran la pareja.

A pesar de estas discusiones que se han presentado en torno a la posibilidad de adopción por parte de parejas homosexuales la Corte Constitucional, en sentencia SU-617 de 2014 aceptó la adopción de una niña por la compañera de su madre biológica, considerando que

... Por un lado, que en cuanto la decisión de la autoridad accionada responde a una interpretación razonable del ordenamiento jurídico, la misma no puede censurarse por infringir el marco legal aplicable o por hacer una lectura discriminatoria del mismo. Lo primero por cuanto es posible interpretar que, de acuerdo con la ley, sólo las parejas heterosexuales están habilitadas para adoptar a menores de edad, y lo segundo porque, también de acuerdo con la ley, la adopción se orienta a establecer la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza, esto es, a suplir la falta de un padre, o de una madre, o de ambos. (Sentencia SU-617 , 2014)

De igual manera se pronuncia la Corte frente a la vulneración que puede ocasionar una negativa administrativa a la adopción, toda vez que debe primar la voluntad de la pareja de cuidar y proteger al menor hijo biológico de una de las partes, independiente de la situación de género que se pueda presentar:

... Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación concluyó que, cuando la autoridad administrativa excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja requirente, vulnera los derechos de todos ellos a la autonomía familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o madre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo de aquél, y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial.(Sentencia SU-617 , 2014)

2.3.6. Matrimonio civil

Con la anterior sentencia se cierra un ciclo de reconocimientos de las parejas homosexuales en búsqueda de la igualdad con las parejas heterosexuales, quedando abierta

una última discusión que gira en torno a si las parejas, constituidas por personas del mismo sexo, tienen derecho o no a contraer matrimonio civil, conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido debe tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional cuando afirma que

... Actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales. En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales. (Sentencia C-577, 2011)

Reiterando la defensa de los derechos fundamentales de las personas los cuales se verían vulnerados ante una negativa a constituir un matrimonio homoparental, bajo argumentos que no se sujetan a los mandatos constitucionales. A criterio del máximo tribunal constitucional:

... No se puede desconocer que en esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho cuando de formar familia se trate, o quede sujeta a lo que la Corte vaya concediendo, siempre que tenga la oportunidad de producir una equiparación en un campo específico. Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior.(Sentencia C-577, 2011)

La corte Constitucional concluye su argumentación estableciendo criterios de orden sociológico, al reconocer que el ocultamiento que debe hacer una pareja de su condición de homosexual termina siendo perjudicial, no solo para los miembros que la conforman sino para todo el grupo familiar y para la sociedad en general que debe afrontar una situación que no es coherente con la transparencia con la cual se deben mirar las relaciones familiares al interior de la comunidad, por lo cual es mejor el establecimiento de una figura contractual que formalice este tipo de uniones:

... No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación homosexual, que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia.(Sentencia C-577, 2011)

Bajo estos criterios el tribunal constitucional toma la determinación de exhortar “*al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas*”.(Sentencia C-577, 2011)

A pesar de esta exhortación el Congreso no aprobó la ley que debería regular este tipo de relación contractual por lo que las parejas del mismo sexo quedaron en libertad para intentar formas contractuales de regular la relación, hecho ante el cual se ha suscitado una enconada reacción de algunos sectores, entre ellos la Procuraduría General de la Nación organismo que interpuso una tutela que dejó sin validez el primer matrimonio entre personas del mismo sexo, realizado en Bogotá en el mes de septiembre de 2014. El

Procurador señaló, al congratularse por el fallo proferido por el juez de tutela, que *“solo se debe hablar de “solemnización de uniones”. “He coincidido y he afirmado que el matrimonio homosexual, como se le ha denominado, carece de fundamento constitucional y de fundamento legal, lo ha dicho la Corte Constitucional cuando al referirse al tema menciona la solemnización de esas uniones, pero jamás se le confiere la naturaleza de matrimonio”*(Tutela de Procuraduría tumbó primer matrimonio gay en Colombia, 2013)

Esta falencia legislativa no ha permitido que se concluya de manera total con la problemática que representa el reconocimiento de la igualdad jurídica de las parejas homosexuales en la legislación colombiana, por lo que se hace necesario realizar un rastreo legal de algunos países que se han pronunciado en pro y en contra de la aceptación del matrimonio igualitario, para poder así tener claridad sobre los conceptos que deberán aceptarse o no en el contexto colombiano.

CAPÍTULO III

3. RASTREO LEGAL. CONSIDERACIONES GENERALES

En torno a la conveniencia o no de la implementación legal del matrimonio igualitario han surgido posiciones encontradas que van desde consideraciones de orden moral hasta posiciones desde los análisis psicológicos, pasando por las conceptualizaciones de carácter económico, social y jurídico, demostrando con ello que es un tema que no debe tomarse a la ligera puesto que rosa con muchas de las estructuras internas de los individuos y de los grupos sociales, todos los cuales responden desde contextos culturales diferentes, conforme a las bases de estructuración interna de cada comunidad.

Esta pretensión de igualar el matrimonio heterosexual con el homoparental ha suscitado, en Colombia, enconadas discusiones que deben mirarse a la luz de otras legislaciones con el fin no de copiar textualmente las orientaciones foráneas sino para contextualizar la discusión en un ámbito mayor al simple espectro nacional y poder así, en un momento dado, adaptar elementos valiosos de la discusión a la problematización interna.

Bajo estos parámetros se procede, entonces, a presentar los principales argumentos a favor y en contra del matrimonio igualitario que se esgrimieron en su momento y que se esgrimen en la actualidad en diferentes países del mundo occidental. Para ello se ha tomado una muestra que incluye a Argentina y Venezuela, del subcontinente sudamericano, Holanda y España, países pertenecientes al bloque europeo, y Texas y Massachusetts, estados pertenecientes a los Estados Unidos de Norteamérica, con la finalidad de tener un abanico de argumentos que permitan una mayor claridad sobre la viabilidad o no de la

aceptación del matrimonio igualitario como una manera de constituir una familia en igualdad de condiciones legales.

Para una mayor claridad de las diferencias que pueden presentarse con el caso colombiano antes de iniciar un recorrido por los principales conceptos que sostienen una posición en favor o en contra del matrimonio igualitario en algunos de los países en los cuales se ha suscitado la discusión acerca de su aceptación normativa es pertinente estudiar algunos conceptos que se han emitido en Colombia acerca de la cuestión en discusión puesto que este tema ha sido ampliamente debatido en Colombia, razón por la cual cuando se presenta ante la Corte Constitucional una demanda de inconstitucionalidad del artículo 113 del Código Civil y del inciso 1° (parcial) del artículo 2° de la ley 294 1996 por considerarlos contrarios a la Constitución al establecer que el matrimonio debe celebrarse entre un hombre y una mujer, muchos grupos con intereses jurídicos en el tema participaron como intervinientes en las discusiones que se dieron en la Corte, razón por la cual se tomarán dichas intervenciones como una radiografía de los conceptos encontrados frente a la aprobación o no del matrimonio igualitario en Colombia.

En primer lugar se incluirán los conceptos contrarios a la declaratoria de inconstitucionalidad y luego se agregarán los conceptos que abogaron, en su momento, por la declaratoria de inconstitucionalidad para terminar este análisis con algunos conceptos emitidos por el Procurador General de la Nación, funcionario que, en todo momento ha sido contrario al reconocimiento del matrimonio entre parejas homosexuales en Colombia.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia intervino en el debate planteado en la sentencia C-886 del 2010, en la cual la Corte Constitucional se declara inhibida frente a la

demanda del artículo 113 del Código Civil y el inciso 1° (parcial) del artículo 2° de la ley 294 de 1996, por la presunta vulneración de los artículos 1, 2, 11, 12, 13, 16, 18, 38, 93 y 94 de la Constitución Política y los artículos 7 y 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 6° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, observando que *“las parejas de personas del mismo sexo y las parejas de personas de sexo diferentes son sencillamente incomparables, por lo que no hay violación alguna al principio de igualdad si se les trata de forma distinta, no es una discriminación. Finalmente, advierte que la verdadera petición de la demanda, es propiciar la adopción para el tipo de parejas en cuestión.”*(Sentencia C-886 , 2010)

La Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana participó en el proceso por medio de uno de sus profesores, para solicitar a la Corte Constitucional desestimar las demandas y declarar exequibles, sin condicionamientos, las normas acusadas. Para la intervención, los demandantes cometen el grave error al pretender que se regulen igual situaciones que, a su juicio, son absolutamente disímiles, no son comparables entre sí. Para el interviniente, el matrimonio responde al orden natural de las cosas, por ello, antes que ser inconstitucionales las normas acusadas, en realidad, desarrollan la concepción de familia y de matrimonio contenido en el artículo 42 de la Constitución Política. A su parecer la demanda parte de una grave confusión, comparar lo incomparable:

... De la comparación de las normas demandadas con la Constitución Nacional se tiene que ambas normas guardan perfecta concordancia con el artículo 42 de las misma, ninguna es discordante con sus disposiciones, es más, el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 es una reproducción parcial de la disposición constitucional, de donde se tiene que las dos deben declararse constitucionales, ahora bien, puede suceder que la Corte estime dar interpretación condicionada a los artículos mencionados como ha sucedido en varias sentencias sobre el tema, declarando exequible la norma en el sentido

de interpretarse que las expresiones comprenden a parejas del mismo sexo, considero que ello no es posible en este caso por cuanto la expedición de un fallo modulativo que conceda a las parejas homosexuales los mismos derechos del matrimonio no es permitido, porque la norma es clara, no presenta dificultades interpretativas e iría contra la normatividad constitucional, resultando así una violación por parte del mayor tribunal Constitucional cuya principal función es precisamente la guarda e integridad de la Constitución Nacional.(Sentencia C-886 , 2010, pág. 26)

La Conferencia Episcopal de Colombia participó en el proceso, por medio del Obispo Auxiliar de Bucaramanga y Secretario General de la Conferencia Episcopal, para solicitar a la Corte Constitucional que no acepte las peticiones de los demandantes y declare constitucionales las normas acusadas. En su intervención sostiene lo siguiente:

... El punto central de la discusión no es la discriminación o no discriminación de las personas homosexuales. No se puede hablar de discriminación o no discriminación cuando nuestra Constitución, las leyes vigentes y la jurisprudencia de la Corte reconocen a los homosexuales la totalidad de los derechos de que disfrutaban todos los demás ciudadanos por igual. Estos derechos son suyos en cuanto personas no en virtud de su orientación sexual. || El reconocimiento de esas uniones como matrimonio va contra el bienestar público y de forma particular contra el equilibrio y el desarrollo afectivo de nuestros hijos. Las personas homosexuales deben ser respetadas y protegidas como personas pero su estilo de vida no debe ser propuesto a los niños como una inocua opción de vida. || Que un homosexual se queje de discriminación porque no le dejan casarse con alguien del mismo sexo es como si un polígamo se queja de discriminación porque no le dejan casarse con varias mujeres, o un promiscuo con varios y varias a la vez. No hay discriminación: la ley es igual para todos y la sociedad tiene un modelo de matrimonio y familia que ha demostrado su eficacia durante siglos.” Para la Conferencia Episcopal “[el] hecho de que existan matrimonios y familias que no responden a su identidad no significa que esta institución pierda su validez, por el contrario, este hecho se convierte en un desafío para buscar la mejor manera de conformar matrimonios y familias que les permitan a los individuos realizarse como personas y dar un buen aporte a la sociedad. Permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la adopción de niños por parte de éstas es atentar contra las familias y supone un grave daño a los niños y a la sociedad entera.(Sentencia C-886 , 2010, pág. 39)

El ministerio del interior y de justicia hace, igualmente, su aporte a la discusión, centrándose en la idea que se debe declarar que no existe una violación de la Constitución puesto que todo el ordenamiento constitucional se refiere al concepto de matrimonio como

una entidad heterosexual:

...No existe dentro del ordenamiento Constitucional una forma de familia que no sea heterosexual. Así, las modalidades de familia contempladas en la Constitución, a saber, por matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, parten del concepto de familia heterosexual y monogámica, lo que significa que, para el caso de la conformada mediante matrimonio, sólo queda protegida constitucionalmente si el mismo se realiza entre un hombre y una mujer e, igualmente, si se constituye mediante la voluntad responsable de conformarla, sólo está protegida constitucionalmente si dicha voluntad es expresada por un hombre y una mujer.”(Sentencia C-886 , 2010, pág. 219)

El representante del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se afilia a la misma línea solicitando que sean declaradas exequibles las normas demandadas porque a criterio de la institución no existe una inconstitucionalidad en ellas razón por la cual deberán seguir obrando plenamente en el ordenamiento jurídico, como una protección a la familia, por lo que expresa que la aplicación de las normas demandadas:

... No constituye como lo entienden los demandantes un acto de discriminación contra la igualdad, la estructuración de un concepto de la familia desde la Constitución (art. 42, CP), cuando en realidad, de lo que se trata es de una configuración social, a partir de una célula social, de características especiales, de personas que se encuentran en una situación de hecho distinta, de manera que la diferencia justifica, sin que sea un de discriminación inadmisibles en un Estado Social de Derecho, en el marco de una racionalidad, informada por los contenidos expresos de la Carta, el establecimiento de la posibilidad, como en la gran mayoría de los países del mundo, que la familia y el matrimonio de donde deriva, se constituyen a partir de una pareja heterosexual.

Finalmente cabe observar que la Comisión de Derechos Humanos y Audiencias del Senado de la República, se une a las voces que consideran que debe declararse la exequibilidad de las normas demandadas pues en su criterio se estaría desconociendo la axiología constitucional, máxime cuando ella, de manera expresa, hace una advocación a Dios, con lo cual se centra en una posición teísta, en este caso, sea cual sea la posición que se tome frente al tema, hace una mezcla indebida de derecho y religión cuando afirma que:

... La Carta Política de Colombia establece en el preámbulo uno valores y principios que no pueden desconocer ningún servidor público de un lado, y, de otro, hace una invocación a Dios, lo que implica que, bajo los ordenamientos divinos y si atendemos a la conformación del matrimonio este es entre un hombre y una mujer, al tenor del génesis, cuando anota que, el ‘hombre dejará a padre y madre y se irá con su mujer y serán una sola carne’, o cuando expresa en el episodio del arca de Noé que, ‘por parejas, macho y hembra’, definiciones que coinciden con lo prescrito en la Constitución, en el artículo 42 y con las definiciones gramaticales que de las voces, matrimonio y pareja ofrece el diccionario.

Por último, es necesario decir, que, no se discrimina al negarse que, comportamientos como el que se pretendan conformar familia, porque, como van las cosas, *habría que garantizar también los derechos de las personas que tienen relaciones zoófilas o necrófilas, porque éstos están también ejerciendo el derecho al libre desarrollo de su personalidad.*”(Sentencia C-886 , 2010, pág. 435)

En la orilla contraria se van a colocar otra serie de instituciones que ven en la declaratoria de inexecutable de las normas demandadas una posibilidad para ampliar el rango de los derechos en la sociedad colombiana y que consideran que debería de darse la igualdad de género frente a la institución matrimonial. En primer lugar es necesario señalar que “*el Departamento de Sociología, de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia participó en el proceso, mediante concepto de una profesora, para solicitar que se acepten los cargos de la demanda. Su intervención expuso (i) la relación entre la organización social y el derecho, (ii) el carácter social de la familia, la sexualidad y el matrimonio, y (iii) la familia y el matrimonio como instituciones importantes pero no únicas en la esfera del cuidado.*”(Sentencia C-886 , 2010, pág. 228)

Igualmente la *Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia* participó en el proceso por medio de su Decano, para apoyar las demandas de la referencia. En su criterio, le asiste la razón a los demandantes, pues considera que “[...] *la Constitución permite que el matrimonio se pueda celebrar entre personas del mismo o distinto sexo, con toda plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera sea su*

conformación.” En su criterio, la Corte Constitucional debería declarar exequibles las normas y hacer una sentencia integradora o exhortar al Congreso a que regule la cuestión adecuadamente.

En el mismo sentido se pronunció la Corporación Colombia diversa, organización de derechos humanos para la comunidad LGBT, fundada en 2004 como una respuesta a los reiterados fracasos de los proyectos de ley presentados al Congreso para el mejoramiento de los intereses de la comunidad con diversidad sexual en el país. En una extensa intervención dio su apoyo a las demandas:

... El escrito presentado se divide en cinco grandes secciones. La primera de ellas está dedicada a establecer por qué el juicio de constitucionalidad que debe hacer la Corte Constitucional, debe ser estricto. La segunda parte se ocupa de indicar porque la medida no persigue un fin constitucionalmente legítimo e imperioso, tanto frente a la protección a la familia, al interés superior del menor, como a la existencia de un régimen de protección para las parejas del mismo sexo. La tercera sección de la intervención se ocupa de analizar el trato diferente como un medio que no es ni adecuado ni necesario para proteger a la familia, ni al interés superior del niño. La cuarta parte se dedica a probar porque esta medida, además de lo dicho, es desproporcionada constitucionalmente. Finalmente, la quinta parte presenta la conclusión general de su intervención y la solicitud concreta a la Corte, a saber, declarar la constitucionalidad de las normas acusadas, en el entendido que el matrimonio también incluye a las parejas del mismo sexo y que declare inconstitucional la expresión ‘procrear’ del artículo 113 del Código Civil. *Colombia Diversa* remitió una segunda intervención complementando y aportando más argumentos.(Sentencia C-886 , 2010)

En apoyo a las organizaciones que solicitan sean declaradas inexequibles las normas demandadas por ser violatorias del derecho que tienen todas las personas a una autodeterminación sexual y a ser tratados en igualdad de condiciones:

... Un grupo de 29 profesores de distintos países, entre ellos una ciudadana colombiana y profesora de la *Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes*, presentó un *amicus curiae*, en el cual muestran la situación internacional y nacional, de cada uno de sus países con relación a la cuestión. El texto se divide en tres partes. En la primera de ellas se ocupa de sostener por qué

internacionalmente la orientación sexual se ha consolidado como un criterio ‘sospechoso’ de discriminación, por lo que su evaluación demanda escrutinios estrictos. En segundo lugar, se muestra que la tendencia histórica en las sociedades democráticas se orienta a dar un trato igual a las parejas de distinto sexo y a las del mismo sexo, no en sentido contrario. Finalmente, advierte que siete tribunales supremos (o equivalentes) ya han establecido que la exclusión de parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio civil constituye un caso de discriminación inconstitucional (Ontario, British Columbia, y Massachusetts en 2003, Sudáfrica en 2005, California y Connecticut en 2008 y Iowa en 2009).(Sentencia C-886 , 2010)

Continuando con su disertación el colectivo de profesores señala a la Corte Constitucional que no le quedan sino dos caminos: declarar la inexecutable de las normas demandadas, colocándose a la altura de los países más progresistas en este campo o presentarse ante América latina como una Corte que niega a los colombianos el derecho a la igualdad por razones de género:

... Para la intervención la Corte “[...] debería declarar que la exclusión de parejas del mismo sexo del acceso al matrimonio civil es discriminatoria y viola la Constitución de Colombia. [...] || La Corte Constitucional de Colombia al interpretar el principio de igualdad ante la ley, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad previstos por la Constitución Colombiana debería advertir que las opciones parecen dos: la Corte Constitucional sigue el ejemplo de países o estados de las democracias occidentales, que son líderes en la área de protección constitucional contra la discriminación (incluso la discriminación basada en la orientación sexual) o bien sigue los ejemplos de países que niegan a dos hombres o dos mujeres el derecho a casarse. Somos conscientes de que esta Corte enfrentará críticas al principio pero su coraje al reconocer que la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio civil es inconstitucional sería, en última instancia, honrada en Colombia, en el resto de los países latinoamericanos y en todas las partes del mundo a las que Colombia pertenece cultural e históricamente.(Sentencia C-886 , 2010)

En el mismo sentido podría citarse al Coordinador del Programa de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín, a la Comisión Colombiana de Juristas y al Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana, entre otros, quienes coinciden en la necesidad de declarar la inexecutable de

las normas demandadas, en aras de alcanzar una verdadera igualdad de género que permita, sin limitaciones equiparar los matrimonios hetero y homosexual.

3.1. El concepto del Procurador General de la Nación

El Procurador General de la Nación, férreo defensor de las tradiciones cristianas, no solo en este asunto sino en todos aquellos aspectos de derecho que rozan con los criterios morales defendidos por la religión dominante en el país manifiesta, en la sentencia en estudio que:

... La diferenciación sexual que se da entre los cónyuges resulta, por tanto, una cuestión esencial al matrimonio y tiene como fundamento que la dimensión sexualizada pertenece a la totalidad de la persona. La entrega de esta dimensión personalísima que se hace a través del pacto conyugal consiste en constituir al otro (persona varón) o a la otra (persona mujer) en copartícipe de esa dimensión. Así, ese acto de donación en principio es un acto de amor que tiene relevancia jurídica en el pacto matrimonial y constituye esa específica unión que es el matrimonio. El matrimonio es, entonces, unión, vínculo o relación que afecta a todas las dimensiones de los cónyuges: La corpórea, la afectiva, la social y la espiritual y también, como ha sido puesto de presente, a su dimensión biográfica.(Sentencia C-886 , 2010)

Esta posición contraria a la declaratoria de inexecutable de las normas demandadas fue ratificada el día 9 de mayo de 2013, una vez que el Congreso dejó en manos de jueces y notarios la decisión de celebrar o no matrimonios entre parejas homosexuales, fecha en la cual:

... Advirtió que los notarios y jueces no tienen por qué legislar "ni crear e imponer instituciones jurídicas inexistentes" y mucho menos, según sus palabras, que vayan en "desmedro" de los derechos y de la protección integral que se debe brindar al matrimonio y a la familia." [...] y los exhortó para que al celebrar ese contrato "innominado (pues hasta ahora el mismo no existe en el ordenamiento jurídico) se ajusten a las normas vigentes". Además, precisó que lo ajustado a la Constitución es que el matrimonio sea un contrato solemne por

el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos.(Vélez H, 2013)

Como una reafirmación de sus criterios recuerda a los jueces y notarios que pueden apelar al derecho u objeción puesto que la Corte no estableció una negativa frente a este en la sentencia emitida, máxime cuando el mismo Tribunal Constitucional establece claramente las diferencias entre las parejas homosexuales y las heterosexuales.

Tal es el ataque directo del máximo funcionario de control en el país que la Corporación Colombia Diversa se vio en la necesidad de emitir un comunicado haciendo el recuento de las actuaciones del Procurador, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

Conceptos negativos en los procesos de constitucionalidad sobre parejas del mismo sexo que incluyen solicitudes de nulidad de casos de pensiones y de adopción, además de la utilización de un lenguaje desobligante frente a la Corte a la cual llamó “falaz” y “contradictoria”.(Colombia Diversa, 2013)

Además de este tratamiento ante la Corte Constitucional ha manifestado públicamente, en las instalaciones del Congreso su oposición a la aceptación del matrimonio igualitario. En el mismo sentido profirió amenazas de carácter disciplinario contra los notarios, la intervención en, al menos, en 18 solicitudes de matrimonio igualitario, incluyendo la interposición de 3 acciones de tutela, llegando incluso a solicitar la recolección de los datos personales de los solicitantes y sus familiares.(Colombia Diversa, 2013)

Durante el tiempo en el cual han ocurrido estas intervenciones del Procurador se han presentado en el país al menos 100 crímenes contra la población LGBTI, sin que la procuraduría haya intervenido en ninguno de estos eventos.(Colombia Diversa, 2013)

3.2. Argumentos a favor del Matrimonio Igualitario

3.2.1. Argentina

La comunidad gay en publicación virtual esgrimió los siguientes argumentos como la base axiológica de su interés por la aprobación del matrimonio entre parejas de diferente sexo:

- ... Todas las personas tienen derecho a ser feliz (sic.) y esto implica ser libres e iguales, también ante la ley. Las leyes deben ser para todos y no debe importar si alguien es heterosexual o no.
- La ley de adopción vigente no exige ser heterosexual para adoptar. Actualmente, muchas parejas homosexuales crían a sus hijos, adoptados -por uno de sus integrantes- o concebidos a través de métodos de fertilización asistida.
- Los niños y niñas hijos de gays y lesbianas deben tener los mismos derechos que los de las parejas heterosexuales. En la actualidad, el miembro de la pareja homosexual que no figura como adoptante no tiene vínculo hereditario ni puede hacerse cargo del niño en caso de fallecimiento del adoptante.
- La familia, al igual que toda otra institución, es un producto social sujeto a modificaciones. Las relaciones humanas están atravesadas por la cultura, por eso, las normas y leyes se modifican con el objetivo de acompañar los cambios culturales.
- El matrimonio es civil y no un tema religioso. Cada religión evalúa para sí si lo acepta o no.(Matrimonio homosexual: cinco argumentos a favor y en contra, 2014)

En el mismo sentido se manifiestan la Sociedad de Integración Gay Lésbica Argentina (SIGLA) y el Instituto de Capacitación Profesional (INSUCAP) en

comunicación dirigida al Senado de la Nación argentina en el cual le relacionan algunos escritos en los cuales se defiende la libertad de los individuos para conformar una familia a través del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Entre estos documentos cabe resaltar la publicación denominada “*Los padres homosexuales perjudican el desarrollo de sus hijos*”, texto en el cual, después de realizar diversas investigaciones con parejas del mismo género que tienen hijos, bien biológicos de uno de los padres o adoptados, se señala que

... Los niños fijan sus referentes no sólo en los padres sino también en muchos otros elementos de su entorno. Además, al contrario de lo que suele creerse, **los padres no imprimen carácter a sus hijos en un punto decisivo** (y si lo hacen, sin duda no es por la vía educacional sino genética).

Al fomentar determinados comportamientos en los niños y otros diferentes en las niñas, los padres no están encarrilando los roles sexuales de sus hijos en direcciones fijadas de antemano. Los roles sexuales están fijados principalmente por la herencia genética.(Parra, 2010)

Con lo cual se desvirtúa, al menos desde esta posición, que el homosexualismo se derive de un factor cultural sino que, por el contrario, se trata de una predisposición de orden genético, por lo cual la adopción por parte de parejas homosexuales no sería una causa directa para la adquisición de actitudes homosexuales por parte de los niños:

... Mediante observaciones de la conducta de un gran número de familias se ha demostrado que en los modernos países industrializados los padres no hacen demasiadas diferencias en cuanto al trato de los hijos y las hijas. Les dedican más o menos el mismo tiempo y atenciones, y los premian o los disciplinan de iguales maneras. La ominosa diferencia sólo aparece en el momento de comprarles las prendas de vestir y los juguetes. Frente a esto argumenta Harris que tal comportamiento podría ser una reacción pasiva a las demandas de los pequeños: “A lo mejor se limitan a darles lo que ellos piden.

A pesar de las teorías de Sigmund Freud, los niños criados sin presencia de padre, por lo general, no dejan de adquirir hábitos viriles. Y las chicas criadas exclusivamente por lesbianas (a las que popularmente se les atribuye escasa feminidad), por lo general no presentan ningún déficit de rasgos femeninos.(Parra, 2010)

De igual manera tiene una gran trascendencia la carta abierta escrita por el Departamento de Justicia y Paz del obispado de la provincia de Quilmes, con motivo del día de los derechos humanos, en la cual, entre otras consideraciones, manifiesta públicamente que:

... Por último destacamos que en estos días, ante el intento por acceder al matrimonio civil de Alex Freyre y José María Di Bello, ha estado en el seno de la discusión pública, el acceso al matrimonio civil de personas del mismo sexo, allí hemos escuchado una diversidad de consideraciones jurídicas en torno al análisis del caso, pero en particular nos ha llamado la atención, las afirmaciones que sostenían que en razón de lo normado en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la posible aceptación de un matrimonio entre personas del mismo sexo, resultaba contraria a dichos instrumentos y por ende a la Constitución Nacional. Restringiendo nuestro análisis a esa afirmación, señalamos la existencia de algunos criterios para la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el principio pro homine, que dentro del marco interpretativo del derecho internacional de los derechos humanos, en pocas palabras y aplicado al caso, impide mediante la interpretación de dichos instrumentos, negar el ejercicio y el goce de otros derechos, estén o no reconocidos en esos instrumentos, en el caso de la Convención Americana por ejemplo, ese principio está expresamente contemplado su artículo 29. Debido a estas razones, no puede sostenerse ninguna interpretación de los instrumentos sobre derechos humanos mencionados, que niegue otros derechos no reconocidos en esos instrumentos. Dichas afirmaciones, por cierto, resultan aún sin buscarlo, ser funcionales a un continuo hostigamiento y discriminación por parte de nuestros hermanos creyentes hacia personas homosexuales que, sean creyentes o no, deben en razón de su dignidad, ser acogidos con respeto, delicadeza y sin discriminaciones injustas. (Departamento de Justicia y Paz. Provincia de Quilmes, 2009)

Argumento este que es de un peso trascendental por dos razones, en primer lugar, por provenir de voces autorizadas de la iglesia y, en segundo lugar, porque se convierte en un argumento para contrarrestar las voces que niegan la posibilidad del matrimonio igualitario desde interpretaciones cerradas de los instrumentos de derecho internacional.

Continuando con los argumentos esbozados por miembros de la iglesia católica que, paulatinamente, van comprendiendo que los asuntos de género trascienden otros valores

humanos que van más allá de la simple aceptación o no de la adopción por parte de parejas homosexuales, es conveniente observar que desde distintas corrientes religiosas se plantea el problema más como un asunto social que como una verdadera limitación de orden espiritual:

... No les voy a ocultar que personalmente considero que Dios aprueba que dos personas del mismo sexo constituyan una relación de amor y que para protegerse mutuamente y manifestar la seriedad de su compromiso, quieran constituirse jurídicamente como pareja. Y me parece que así como la figura del "matrimonio" ha sufrido muchas transformaciones a lo largo de la historia, hoy puede ampliarse a las parejas del mismo sexo sin que tengamos que cambiarle el nombre ni crear una nueva figura jurídica.(Albertsen, 2010)

Como los anteriores podrían esgrimirse múltiples argumentos que han sido expuestos en el ámbito argentino en defensa del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Para finalizar esta serie de argumentos en favor de dicha legalización es conveniente transcribir algunos planteamientos esbozados por la Federación Argentina de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (FALGBT), en texto presentado en conferencia de prensa ante el Senado argentino, invocando que

... Respecto al argumento esgrimido por quienes se oponen al matrimonio entre personas de un mismo sexo por entender que no se puede otorgar igual tratamiento a lo que es distinto, agrega que "el mismo tipo de razonamiento sirvió para sostener las leyes nazis que prohibían el matrimonio mixto entre judíos y arios o entre negros y blancos durante tanto tiempo en los países con historia de esclavitud o apartheid".

"Las parejas entre personas del mismo sexo existen y, según muestra la literatura, el arte y la investigación social e histórica, existieron siempre. Claro que en Argentina esas parejas han debido vivir a escondidas, muchas veces perseguidas, siempre sin derechos. La ley de igualdad es un paso histórico en el reconocimiento de las minorías oprimidas en todo el mundo", indica.(Figari, 2010)

Como puede deducirse del material presentado en el ámbito argentino la discusión está abierta y hay una defensa muy amplia del derecho de las personas del mismo sexo a configurar una familia mediante el reconocimiento legal del matrimonio igualitario.

3.2.2. Venezuela

En Venezuela los acercamientos sociales y jurídicos en torno a la aceptación del matrimonio entre parejas del mismo sexo se ha visto entorpecido por una cerrada oposición orquestada desde diversos frentes, sin embargo se escuchan algunas voces como la de Yonatan Matheus quien señala que los miembros de la comunidad de homosexuales, lesbianas, bisexuales y transexuales de Venezuela *“Tenemos muchos derechos por reivindicar, como el derecho a la identidad de las personas transexuales, al matrimonio igualitario, el tema de la no violencia en los espacios públicos, en los centros policiales y educativos, en el discurso político.”*(Matheus, 2013)

En el mismo sentido el escritor y periodista Boris Izaguirre manifiesta su descontento por la actitud que ha asumido, de manera generalizada, la clase política la cual se le critica porque ha minimizado, prácticamente anulado, toda discusión en torno al tema.

Manifiesta el citado intelectual que:

... Hasta ahora no conozco ningún político venezolano que se (sic) haya manifestado algún tipo de interés u opinión que haya mostrado algún tipo de interés por el colectivo homosexual, me gustaría que así fuera porque el matrimonio igualitario, o el matrimonio entre personas del mismo sexo, es una consecución legal para eliminar un oprobio y marginalidad que ha acompañado al colectivo homosexual durante muchos años en muchos países, incluyendo en Venezuela.(Izaguirre, 2014)

Como una respuesta activa frente estas aseveraciones el 31 de enero de 2014 se presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley de Matrimonio Igualitario el cual fue avalado por 20.940 firmas recogidas en todo el territorio nacional y cuenta, además, con el apoyo de al menos diez diputados quienes han manifestado públicamente su aceptación argumentando que deben cambiarse los términos “hombre” y “mujer” por el concepto genérico de “personas. A este respecto

... Giovanni Piermattei, presidente de la Asociación Civil Venezuela Igualitaria, asegura que existen muchos factores que “juegan a favor” para lograr la aprobación. “En principio la Constitución de la República nos da un piso, luego se encuentra el Plan de la Patria que garantiza la inclusión de las minorías y el debate de las propuestas de la comunidad sexo-diversa. Adicional a esto está el discurso socialista, el cual ha llamado a la inclusión y a la tolerancia”. (Lindarte, 2014)

Argumentos estos que amplía cuando sostiene que desde el plan Patria el gobierno debe *“Incorporar la perspectiva de la igualdad de género en las políticas públicas, promoviendo la no discriminación y la protección a los grupos socialmente vulnerables”*,(Lindarte, 2014) puesto que dicho plan, propuesto inicialmente por el presidente Hugo Rafael Chávez Frías, propone la implementación de políticas de igualdad de género y diversidad sexual, posición que sostiene nuevamente cuando puntualiza que:

... “Cuando nos pronunciamos a favor de avanzar en este proyecto no es porque solamente queremos casarnos, porque el objetivo no es la institución matrimonial, sino que a través de ella se pueda alcanzar la igualdad, el reconocimiento del Estado a que nosotros somos tan dignos, que nuestras relaciones afectivas son tan dignas e iguales que las de los demás. Nuestras familias deben estar protegidas por esta institución que hasta ahora es la única, en el aspecto jurídico, que da protección a la familia en el país”(Futuro prometedor para parejas LGBTI en Venezuela, 2014)

En esta misma corriente se inscribe la parlamentaria Dinorah Figuera quien sostiene que el debate no debe politizarse porque el proyecto estaría condenado al fracaso señalando

que *“Más allá de que se esté o no de acuerdo, existen derechos a la dignidad humana que deben llevar a la reflexión. El mismo Papa Francisco dijo que quién era él para criticar a los homosexuales y nosotros precisamente, tomados de la mano con esa premisa y de la Constitución venezolana, no podemos darles la espalda”*.(Futuro prometedor para parejas LGBTI en Venezuela, 2014)

Como puede observarse, a pesar de mantener una posición no tan abierta como podrá encontrarse en otros países, la sociedad y la clase política venezolana comienzan a tomar conciencia de la necesidad de una aprobación legal del matrimonio igualitario.

3.2.3. Holanda

Debe tenerse en cuenta que los países del norte europeo fueron los primeros que regularon algunos aspectos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. El primer paso se dio en Dinamarca que consideraron como un argumento razonable para dicho reconocimiento los aspectos sobre herencias y asuntos fiscales.

Esta posición danesa dio paso a que se planteara la necesidad de un reconocimiento de igualdad en países que, dada su avanzada liberalidad frente a la gran mayoría de los aspectos sociales y culturales, consideraban que no podría haber discriminaciones en razón del género. Es de observar que los denominados países bajos se han convertido en punta de lanza para la aceptación de las libertades más amplias que hoy en día cobijan a las legislaciones del mundo entero, no solo es aspectos como el matrimonio homosexual sino en cuanto a la permisividad de drogas prohibidas en otras latitudes o en cuanto a la legalización de la prostitución, por solo citar dos casos. Es por ello que no es de extrañar

que desde el parlamento se haya diseñado una política de reconocimiento a una libertad que, desde su óptica, debe concederse a los ciudadanos para evitar desigualdades y discriminaciones de género. Es así como:

... El país de los tulipanes reguló en 1998 el registro en cada municipio de las parejas de hecho -al margen del género de sus integrantes- e inauguró el siglo XXI con una ley que fue catalogada como "revolucionaria" en su día: la norma que autorizaba **el matrimonio civil a personas del mismo sexo** (siempre que una de ellas fuera de nacionalidad holandesa o tuviera su residencia fijada en el país), les permitía adoptar niños (a condición de que estos fueran también holandeses de origen) y sentaba las pautas precisas en caso de que la unión entre gays o lesbianas quisiera ser extinguida mediante el trámite legal del divorcio. El 1 de abril de 2001, entró en vigor esta ley que se consideró la más completa de cuantas había en el Viejo Continente y ese mismo día tres parejas de dos hombres y una pareja de dos mujeres contrajeron nupcias en la Alcaldía de Ámsterdam, que se estrenaba en estos menesteres.(¿Cómo es la legislación sobre los matrimonios gays en otros países?, 2012)

Esta liberalidad normativa que se da en Holanda y su zona de influencia no es solamente en cuanto a la regulación del matrimonio entre parejas del mismo sexo, dado que en la actualidad se ha legislado sobre la posibilidad de adopción por parte de parejas homosexuales y se adelanta un proyecto de ley para que los transexuales que vayan a cambiar de sexo en su pasaporte no tengan que operarse para demostrar la realidad de su propio sexo.(Holanda, un país de tolerancia a comunidad homosexual con algún interrogantes, 2013)

Debe tenerse en cuenta que los argumentos esgrimidos por los holandeses en cuanto a la máxima posibilidad de igualdad entre todas las personas ha sido la base que ha fundamentado la aprobación del matrimonio igualitario en diversos países en todo el ámbito mundial.

3.2.4. España

Desde el punto de vista de los españoles se presenta un debate bastante álgido entre los defensores y los prohibicionistas del matrimonio entre parejas del mismo sexo, discusión que no es de extrañar toda vez que la sociedad española se encuentra dividida entre las posiciones liberalizantes que están en boga hoy en día y las posiciones conservadoras, fruto de una tradición católica ortodoxa, cimentada en la cultura española.

Al calor de estas posiciones antinómicas se encuentra el establecimiento doctrinal de una posición progresista que señala que debe existir una protección de los derechos de los homosexuales como una forma directa de alcanzar el respeto por la igualdad y los otros derechos fundamentales de las personas. Esta posición progresista la explica, de manera concreta Emanuela Cardoso, al realizar un análisis de la jurisprudencia brasilera, la cual utiliza como argumento para la implementación de la legislación frente al matrimonio igualitario en España. La citada autora señala que:

... La posición progresista defiende que la tutela constitucional de las relaciones homosexuales se encuentra en el principio de la dignidad humana, la libertad, la intimidad, la igualdad y la protección contra discriminaciones. En la Constitución, el principio de la igualdad tiene un papel fundamental pues protege a los homosexuales en los espacios públicos y privados, impidiendo que sean tratados con diferencia por el Derecho sin una justificativa razonable. Y para dispensarles un trato jurídico diverso, los poderes públicos tienen que ofrecer razones persuasivas. En ese sentido, la protección contra la discriminación se muestra eficaz en la medida en que, sin razones convincentes, argumentos morales o históricos, fundados en prejuicios y estereotipos de género y sexualidad, no serán suficientes para impedir la atribución de derechos que “tradicionalmente” les habían sido negados. Como recuerdan Rey Martínez (2005, 132) y Sunstein (1997, 213), la protección contra la discriminación, diseñada como un “ataque a las tradiciones”, es una herramienta prometedora contra los prejuicios y las ideas estereotipadas. “No hay cualquier argumento razonable que ampare la diferenciación o la exclusión de las uniones homoafectivas del concepto constitucional de familia. Los únicos fundamentos para la distinción entre las uniones heterosexuales y las uniones homosexuales, para fines de protección jurídica so el sello constitucional de la familia, son el

prejuicio y la intolerancia, enfáticamente rechazados por la Constitución.”(Cardoso Onofre de Alencar, pág. 20)

Es importante anotar que incluso desde el mismo gobierno se ha manifestado la voluntad de la aprobación de la ley que reconoce el matrimonio igualitario, publicada el dos de julio de 2005, puesto que el Partido Socialista Obrero Español presentó, como una de sus banderas para las elecciones generales de 2004 el legislar el matrimonio entre personas del mismo sexo y el reconocimiento de todos los otros derechos alternativos a dicha situación.

El PSOE triunfó en las elecciones con un alto porcentaje del 66%, mayoría en la cual influyó la posición del partido frente al matrimonio igualitario al cual consideran como una figura jurídica que iguala a todas las personas.

Si bien los argumentos aducidos en favor del matrimonio igualitario pueden llegar a ser muy similares en los diferentes contextos culturales, es conveniente observar que de manera general estos se centran, desde la perspectiva de los españoles en los siguientes planteamientos: ¿Si se quieren por qué no dejar que se casen? ¿Vale la pena realmente esta discusión? Lo único que es válido es que:

... Reducir la discusión sobre esta materia a la discusión sobre el significado de una palabra es quedarse en un marco muy superficial y puntual que podría arreglarse si, simplemente, la RAE cambiara su definición en su próxima edición. Más bien, parece que encubre una negativa a reconocer la evolución de la vida y la sociedad mismas; admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no afecta en nada a los matrimonios heterosexuales. El Proyecto de ley del Gobierno permite que se acojan a esta institución otras personas, pero no cambia en lo más mínimo la regulación del matrimonio heterosexual. Y nadie ha demostrado que este cambio pueda afectar a ningún matrimonio concreto que ya se haya celebrado o se vaya a celebrar en el futuro. (Universidad de Navarra. Debate, 2014)

Como puede verse se encuentra desde una posición defensiva una serie de argumentos que fueron, fundamentales para que se lograra la aprobación de la ley que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

3.2.5. Texas y Massachusetts

Desde la concepción federalista que tienen los Estados Unidos como tipo de Estado es pertinente observar que la actividad judicial es independiente para cada Estado, lo cual no implica que los pensamientos básicos de la población tengan que ser diferentes cuando, en realidad, se encuentran en un mismo contexto histórico, razón por la cual los Estados de Texas y Massachusetts serán estudiados en conjunto a fin de determinar cuáles son los argumentos a favor y en contra frente a la implementación del matrimonio homosexual.

Las anteriores consideraciones llevan a que puedan presentarse unos argumentos unificados en torno a la conveniencia de la implementación de los matrimonios igualitarios los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- ... Los estados no pueden justificar la exclusión de parejas gay y lesbianas de la institución del matrimonio y la protección que proporciona mediante una red de seguridad jurídica y económica.
- Las parejas del mismo sexo en relaciones estables y duraderas pagan más en impuestos, sin embargo, se les niega protecciones básicas que obtienen las parejas heterosexuales, relacionadas a custodia infantil, derechos de herencia y propiedad, y visitas hospitalarias, entre cientos de otras.
Un gobierno secular no puede implementar leyes religiosas ni fundamentar sus leyes en creencias religiosas como sucede en gobiernos teocráticos.
- A los niños les va bien en hogares donde son amados y respetados independientemente del género de los padres. Los niños ya nacen en núcleos

familiares homoparentales, son adoptados o criados por parejas homosexuales. Al estar casados, los padres les ofrecen mayor estabilidad familiar.

- Al establecer una relación legal y social, el matrimonio permite a sus miembros estar disponibles para su pareja emocional, económica y psicológicamente, y por lo tanto profundiza y fortalece la unión entre ambos.
- El matrimonio homosexual no debilita sino fortalece el matrimonio tradicional al poner de relieve la dignidad y el respeto del matrimonio en momentos en que una de cada dos parejas heterosexuales casadas se divorcia.(Shoer Roth, 2014)

Bajo estos argumentos hay que reconocer que los Estados de la costa oeste de los Estados Unidos han sido muy proclives al reconocimiento pleno de los derechos de los homosexuales, por considerar que una negativa en ese sentido es fomentar una actitud discriminatoria que equipararía la situación de los homosexuales a la de los negros que buscaron la igualdad de sus derechos en la década de los sesenta, tal como lo señala el juez John Jones III, miembro de la Corte Federal del Distrito, organismo que anuló la ley de prohibiciones cuando afirma: *“Somos un pueblo mejor que el que representan estas leyes y es el momento de descartarlas como un montón de ceniza en nuestra historia,”* afirmación que remata expresando tajantemente que *“El hecho de que el matrimonio homosexual incomode a algunos no hace que su prohibición sea constitucional.”*(Pereda, 2014)

Un argumento que ha sido válido y que da un giro fundamental en la defensa de los intereses de las parejas del mismo sexo es el cambio de una posición moralista a una batalla por la defensa de los derechos civiles, puesto que no se trata, realmente, de establecer si hay aceptación moral sino si se están violando los derechos de las personas a determinar su propia sexualidad.

... Los teóricos del derecho y los abogados comenzaron a argumentar que los homosexuales eran una clase de ciudadanos que negaban las libertades civiles básicas, y que los tribunales deben declararlas ser una (sic) clase protegida, con antecedentes de derechos civiles para forzar una revolución moral y legal.

Esa revolución ha pasado, y ha sido increíblemente exitosa. Los defensores de la normalización de la homosexualidad y la legalización de los matrimonios del mismo sexo han utilizado argumentos jurídicos desarrollados a partir de la era de los derechos civiles en su beneficio. Los argumentos utilizados para acabar con el flagelo de la segregación racial fueron desplegados para normalizar la homosexualidad y las relaciones homosexuales. Con los años, estos argumentos han llevado a estos acontecimientos importantes como la despenalización de las conductas homosexuales, la inclusión de los homosexuales en el ejército de los Estados Unidos, y la legalización de los matrimonios homosexuales en algunos estados.(Mohler, 2013)

Además debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos declaró inconstitucional una parte de la Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA), precisamente aquella parte que no hace un reconocimiento expreso de los matrimonios homosexuales que, antes de esta decisión, habían sido ya legalizados en algunos Estados. Tal como lo señala Jeffrey Cohen, abogado de parejas homosexuales ante las cortes americanas cuando sostiene que “*La prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo es inadmisibile*”(Van por la uniones gay en Florida, 2014)

Finalmente cabe hacer referencia a los argumentos expuestos por la Academia Americana de pediatría (AAP), institución que ha estado de acuerdo con el matrimonio entre parejas del mismo sexo abogando, incluso, por la adopción entre parejas homoparentales, institución que aglutina más de 60.000 pediatras y que en un extenso informe señala cinco razones para aceptar la adopción por matrimonios gays, con lo cual da una aceptación directa al matrimonio homoparental. Sostiene el informe que de permitirse el matrimonio igualitario y de contera la adopción, se aseguraría la estabilidad económica de al menos cien mil niños que en este momento no cuentan con recursos para alcanzar un adecuado nivel de vida; los padres homosexuales están profundamente comprometidos con la educación y el bienestar de los niños; los niños criados por parejas homosexuales tienen un promedio de rendimiento escolar superior, son más tolerantes y, finalmente, sostiene el

informe que la autoestima de los niños no se ve perjudicada.(5 razones por las que los pediatras de EEUU apoyan la adopción gay, 2014)

Puede concluirse que las argumentaciones acerca de la normatización de los matrimonios igualitarios son sólidas en los Estados que componen la costa oeste de los Estados Unidos lo cual ha llevado a que, paulatinamente, se vaya presentando un reconocimiento legal que reconoce la libertad de cada ser humano de auto determinar su sexualidad con una protección igualitaria del Estado.

3.3. Argumentos en contra del matrimonio igualitario

3.3.1. Argentina

Los argumentos más fundamentados en contra de la implementación del matrimonio igualitario se convierten en argumentos de orden universal, que posibilitan la aparición de consideraciones de orden moral, psicológico y ético que son comunes a todas las culturas. Entre estos argumentos podrían citarse los siguientes:

- ... Sólo 7 países del mundo contemplan la figura del matrimonio para personas del mismo sexo. Además, los países en los que se incluye esta figura cuentan con regulaciones sobre fertilización asistida y un régimen de filiación abierto.
- Esta norma generaría un caos filiatorio en el Registro de Adopción (¿dos madres?, ¿dos padres?).
- Todo niño tiene derecho a un padre y una madre para su desarrollo integral como persona. Así, conceder la adopción a homosexuales sería perjudicial para el menor.
- Para evitar abusos o desamparo legal a parejas homosexuales no hace falta aprobar el matrimonio homosexual, ya que la mayoría de los beneficios de un matrimonio puede regularse a través de acuerdos legales (por ejemplo, en relación a herencias, transmisión de bienes, propiedades compartidas, etc.).

- El matrimonio es una institución esencialmente heterosexual y esto implica desnaturalizar el concepto de matrimonio, lo que implica pervertir la “naturaleza” del mismo.(Matrimonio homosexual: cinco argumentos a favor y en contra, 2014)

En investigación realizada por un grupo de estudiosos en la Universidad Austral se muestran múltiples razones para negar la posibilidad del matrimonio igualitario, entre las cuales cabe destacar algunos que ponen sobre el tapete consideraciones de orden biológico y de fundamentos de derecho que, según los investigadores, hacen nugatoria cualquier legislación en torno a la figura en estudio.

- 1) ... El Derecho debe seguir la realidad biológica y antropológica del matrimonio y promover y defender sus bienes humanos y sociales protegiendo las instituciones básicas de la vida social. El matrimonio, que es una estructura de unión personal con propiedades de exclusividad y permanencia, que da solidez y garantía jurídica a la convivencia de personas y a los hijos que surjan de dicha unión, encuentra su razón de ser en la diversidad radical y originaria del varón y de la mujer y en su unión complementaria biológica y antropológica, fuente de comunión y de vida, que funda el núcleo familiar.
- 2) El Derecho protege y promueve el matrimonio por la especialísima función social que cumple, por ser el ámbito donde se desarrolla la complementariedad de las personas y donde se asegura la procreación y el recambio generacional, bienes fundamentales para el Estado. Por tanto, el Estado no puede, sin dañar gravemente aquello que debe proteger, conferir estatuto matrimonial a una realidad a la que le faltan sus características esenciales.
- 3) En una unión homosexual no se dan los presupuestos biológicos y antropológicos de la complementariedad conyugal. Por eso, las realidades biológica y antropológica de matrimonios y uniones homosexuales veda que se pueda dar estatuto de matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo, y lleva a evitar la confusión entre las mismas con los matrimonios.
- 4) Si el legislador elige aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, habrá transmutado totalmente el concepto y los caracteres de la institución del matrimonio, fundamento de la familia. Así, habrá cambiado la estructura social del país, a la vez que habrá violado la Constitución Nacional, que protege a esa familia, y los tratados internacionales, que tutelan el matrimonio como unión de varón y de mujer. La norma que lo aprobara, por eso, sería inválida.(Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo, 2010)

Por su parte la Conferencia Episcopal Argentina y la Universidad Católica Argentina (UCA) mantienen un diálogo permanente con diputados y senadores con la finalidad de esgrimir los planteamientos de la iglesia a fin que no se modifique el código civil, autorizando el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los principales argumentos que presentan las instituciones religiosas son la inconstitucionalidad de los proyectos a la luz de los tratados internacionales que hablan del matrimonio constituido por un hombre y una mujer; la afectación del interés superior del niño que no tendrá la oportunidad de crecer en un medio de complementariedad entre varón y mujer; la necesidad que habría de modificar la organización social tanto desde la parte comportamental como de las reformas sustanciales al código civil para dar cabida a figuras jurídicas no existentes en la actualidad; La grave injusticia contra el bien común y el derecho de familia en las cuales se incurriría si se aprobase la unión entre parejas del mismo sexo; y, como argumento final, que hay una baja incidencia de matrimonios homosexuales, incluso en los países en los cuales se ha legalizado, por lo tanto no valdría la pena establecer cambios tan drásticos cuando realmente la figura del matrimonio homoparental no será hecha efectiva sino por una minoría (AICA Antigua, 2010)

Finalmente, para no hacer muy extensivo este listado genérico de argumentos enfocados en contra del matrimonio igualitario en Argentina, debe decirse que la discusión está abierta puesto que tanto defensores como detractores se sostienen de manera exegética en sus posiciones, con lo cual no se encuentra una salida que pueda dar solución a un enfrentamiento que, lamentablemente, se centra en las creencias religiosas, éticas y morales y en consideraciones que afectan profundamente los valores de cada ser humano.

3.3.2. Venezuela

Un compendio de los argumentos contra la legalización del matrimonio homosexual en Venezuela se encuentra en el discurso pronunciado por el diputado Rafael Urdaneta ante la Asamblea nacional en el mes de febrero de 2009, en el cual expone las principales ideas que, según su criterio, imposibilitarían la implementación de dicho tipo de matrimonio, discurso del cual se extractan algunos apartes significativos:

... El concepto de Matrimonio. (Del gr. “mater”, madre). Unión de dos personas mediante de (sic) distinto sexo por determinados ritos—sociales, religiosos o legales—para la convivencia y con la finalidad de procrear y de criar hijos. Esencialmente el concepto deriva de “matriz, la femenina, por supuesto, capaz de concebir y reproducir la vida humana y asegurar la continuidad de la especie.

Hablar de “legalizar” la unión homosexual en “matrimonio” es de entrada la negación misma del fin primordial del “matrimonio” que no es otro que de “procrear, desarrollar y conservar la vida humana” es decir: proteger el vínculo básico de una pareja que se une para engendrar hijos, y criarlos bajo la protección del estado y las leyes, este es el fin esencial de la institución del matrimonio.(Urdaneta, 2009)

A este primer argumento de orden biológico y con un soterrado argumento religioso pero que en purismo corresponde a lo establecido por el código civil, agrega un argumento en el que ataca la teoría de la violación de los derechos fundamentales, afirmando que “Quienes promueven la *“legalización del matrimonio (¿?) entre homosexuales o personas de un mismo sexo, sustentan sus razones con argumentos de libertad, igualdad y no discriminación, argumentos que no tienen nada que ver con la legalización o no de la unión entre parejas del mismo sexo bajo la figura del matrimonio. El hombre o la mujer homosexuales gozan de todos los derechos que el estado venezolano establece para todos los ciudadanos y ciudadanas y establece hacer su vida como mejor les parezca”*.(Urdaneta, 2009)

A esto agrega consideraciones de orden legal manifestando que la legalización del matrimonio homosexual no es otra cosa que una puerta abierta a la legalización de cualquier situación no legislada que pueda ser solicitada por una minoría, ello lo expone en los siguientes términos:

... No son las leyes, ni la voluntad de gobierno o diputado alguno lo que ha determinado la imposibilidad de que la pareja homosexual cumpla con el requisito básico de la pareja heterosexual, como lo es la procreación y crianza de las nuevas generaciones de la sociedad humana.

Aun y cuando se “legalice” la unión entre homosexuales no podrá nunca ser un “matrimonio”, ni siquiera en un ejercicio de llevar el concepto de matrimonio a los límites extremos de la extravagancia jurídica. Extravagancia que solo abriría, sin remedio, la falsa puerta de la permisividad desbocada, por parte de las instituciones de un estado que tendrá que seguir legalizando todo tipo de “uniones”, de acuerdo a intereses de grupos particulares de la sociedad. Así, mañana estaremos ante la “necesidad” de “legalizar” la poligamia (unión familiar válida en algunos países y sociedades humanas), o el matrimonio obligado de niños con adultos (también legal en otros países) o el matrimonio que se realiza por la compra de las mujeres vírgenes, cuyo precio se calcula en especie o dinero en efectivo, sustentada la legalidad de esta “unión” en las prácticas ancestrales de algunas etnias aborígenes.(Urdeneta, 2009)

Finalmente presenta un argumento de orden constitucional que es recurrente en prácticamente todas las Constituciones latinoamericanas en las cuales se ha definido el matrimonio como el vínculo contractual entre un hombre y una mujer, señalando que:

... La Asamblea Nacional tendría que reformar el artículo 77 de la Constitución de La República Bolivariana De Venezuela, según el cual: “Se protege el matrimonio entre un HOMBRE Y UNA MUJER, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un HOMBRE Y UNA MUJER que cumplan los requisitos establecidos por la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio” y para hacer esto tiene obligatoriamente que llamar a referéndum popular.(Urdeneta, 2009)

A estos argumentos debe agregarse una situación endémica en Venezuela como lo es el enfrentamiento entre los distintos grupos ideológicos puesto que desde las toldas del Socialismo Siglo XXI se propugna por una igualdad que incluye los derechos de las minorías en tanto que desde la oposición hay una consigna de no aceptar ninguna de las propuestas implementadas por el gobierno.

3.3.3. Holanda

Si bien, y tras más de una década de legalización del matrimonio homosexual, no debería hablarse de confrontaciones frente a la aceptación de este tipo de matrimonio, sin embargo es necesario observar, puesto que sirve como un análisis de la aplicación de la figura a un mediano plazo, que no todas las personas que han contraído matrimonio con personas del mismo sexo sienten una clara aceptación por parte de la población en general, tal como se desprende de los siguientes ejemplos:

... En principio la aceptación es buena, pero cuando se mira más de cerca, se pueden poner interrogantes a la tolerancia", indicó hoy a Efe el portavoz de la organización holandesa para los derechos de los homosexuales, lesbianas y transexuales (COC), Philip Thijsma.

"En Holanda mucha gente tiene reparos en que una pareja del mismo sexo se bese en la calle, o que camine cogida de la mano", señaló.

Esta premisa se refleja en el caso de Christian Jara, un chileno homosexual de 34 años que a pesar de que en Holanda se siente "muy respetado y con la posibilidad de ser por fin quien quiero ser", también vive en propia carne, condicionantes causados por su orientación sexual.

"Me siento condicionado por ejemplo a la hora de demostrar sentimientos en público a mi pareja porque me aterra la idea de un enfrentamiento con alguien que esté en contra de mi condición sexual.(Holanda, un país de tolerancia a comunidad homosexual con algún interrogantes, 2013)

En el mismo informe se pueden encontrar otros casos de homosexuales que consideran que la actitud de la población no es de una abierta aceptación sino que por el contrario las reacciones frente a ellos es de manifiesto rechazo, situación ésta que debe ser tenida en cuenta porque el caso holandés se convierte en un laboratorio social para comprender las actitudes post aprobación del matrimonio igualitario. Esta situación la vive en carne propia Wilco, un homosexual holandés quien manifiesta que *"Nunca me he sentido discriminado, pero implícitamente siempre calculo lo seguro que es el lugar en el que nos encontramos, por lo que, sin que sea un impedimento, no es automático que bese o abrace a mi pareja en público"*.(Holanda, un país de tolerancia a comunidad homosexual con algún interrogantes, 2013)

Otro problema que se encuentra frecuentemente es el rechazo en las escuelas, instituciones en las cuales la mayoría de los homosexuales se sienten rechazados por su condición sexual, con una incidencia de rechazo calculada en el 75%, rechazo que se hace manifiesto, de manera profunda, frente a las minorías étnicas que son los grupos que reciben mayor discriminación.

... Los homosexuales y lesbianas de origen turco o marroquí tampoco lo tienen fácil, ya que están en una situación de "desequilibrio que oscila entre la aceptación en el país de acogida y el tabú que la homosexualidad supone en el entorno familiar", analizó a Efe Göne Fil, promotora del "Barco Turco", una iniciativa para apoyar a este grupo social a comunicar y hacer respetar su opción sexual.

"La mayoría de los homosexuales, lesbianas y transexuales biculturales escoge una doble vida que en ocasiones desemboca en la ruptura con la familia o en problemas con las drogas o la incapacidad de llevar una vida emocional estable", puntualizó Fil.(Holanda, un país de tolerancia a comunidad homosexual con algún interrogantes, 2013)

A esto se le debe agregar, finalmente, un problema que paulatinamente se agudiza, cual es la negativa, por motivos religiosos, que han venido manifestando algunos funcionarios que se oponen a la celebración de los matrimonios entre parejas del mismo sexo, tal como acontece con *“Un funcionario del registro civil de la municipalidad de Neerijnen, en Güeldres, no quiere casar a homosexuales por razones de fe religiosa. ‘Si leo la Biblia como creo que debe ser interpretada, lo que veo ahí es que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer. Personalmente le otorgo tanto valor al matrimonio que no puedo colaborar en casamientos que no estén respaldados por la Biblia’”*(Holanda: rebeldía frente a matrimonio homosexual, 2011)

Situación que ha motivado una respuesta fuerte por parte del legislador holandés, organismo que se ha manifestado contrario a estas actuaciones ilegales, aduciendo que debe darse una igualdad ante la ley.

La Cámara Baja considera que este tipo de criterios es inaceptable. La ley está por encima de las creencias religiosas, y quien no cumple la ley está cometiendo un delito. La consecuencia última, en este caso, puede ser el despido.

Jasper van Dijk, diputado del Partido Socialista, lo expresa así: “cuando una persona celebra matrimonios a nombre de la municipalidad, debe celebrar todos los matrimonios amparados por la ley. De otra manera estamos ante una extraña situación de discriminación. Usted puede cumplir cualquier función, tener cualquier credo religioso, pero si su tarea es celebrar matrimonios, debe cumplir su tarea con todo tipo de matrimonio’.(Holanda: rebeldía frente a matrimonio homosexual, 2011)

Se torna importante este análisis post facto de los criterios que implican oposición frente al matrimonio igualitario en Holanda porque sirve como un laboratorio experimental a lo que puede suceder en una sociedad liberal frente a la aceptación de conceptos que quebrantan alguno de los preceptos universales que han configurado la cultura de la humanidad.

3.3.4. España

En España, como ya se señaló existen muchos grupos opositores al matrimonio igualitario, en razón a las tradiciones religiosas enmarcadas dentro de una monarquía tradicionalista. Desde estos grupos se escuchan voces que esgrimen argumentos interesantes frente a la negativa al reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, El Instituto Valenciano de Fertilidad, Sexualidad y Relaciones Familiares (IVAF) por ejemplo, señala algunos criterios que, desde su perspectiva deslegitiman este tipo de matrimonios, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera: Los homosexuales pueden casarse como cualquier persona, siempre y cuando lo hagan con personas del sexo opuesto; casar homosexuales es realizar un experimento social que no se ha visto en ninguna época en la historia de la humanidad; no existe el gen homosexual, lo cual implica que el homosexual se hace y la vida de un niño en el seno de un matrimonio homosexual puede conllevar a que se adopte la homosexualidad como algo natural.(Instituto Valenciano de Fertilidad, Sexualidad y Relaciones Familiares. IVAF, 2014)

Estas razones son apoyadas con otros argumentos tanto de orden legal como social entre los cuales cabe destacar la clarificación que desde la ley misma se pueden proteger

todas las relaciones de carácter económico, intereses que quedarían cubiertos con solo regular acuerdos ante notario; son pocos los homosexuales que se casan pues en realidad el único objetivo que permiten es destruir la figura del matrimonio heterosexual; legalizar el matrimonio igualitario es legalizar la entrega de niños a homosexuales; igualmente implica colocar toda la maquinaria educativa y mediática del Estado al servicio del homosexualismo político.

Como argumentos finales el instituto señala que al legalizar el matrimonio homosexual se abre la posibilidad de tener que penalizar conductas homofóbicas, tal como ha sucedido en países como Suecia y Canadá en los cuales se han multado e incluso detenido personas por manifestar públicamente su oposición al homosexualismo; concluye el informe señalando que legalizando el matrimonio homoparental:

... España ensanchará su abismo con otras civilizaciones y la propia cultura occidental. Casar homosexuales y devaluar la familia no va a ayudar nada al diálogo Oriente-Occidente ni a mostrar las bondades de la democracia. Llamar "derechos humanos" al matrimonio homosexual va a servir para erosionar los verdaderos derechos humanos, para que el mundo no Occidental vea que Occidente impone una moral (o una inmoralidad, desde su punto de vista) no basada en la naturaleza común del ser humano sino en el individualismo, el materialismo y el hedonismo.(Instituto Valenciano de Fertilidad, Sexualidad y Relaciones Familiares. IVAF, 2014)

Estos argumentos expuestos por la IVAF son base suficiente para comprender las causas que son invocadas en España como fuente de oposición a la legalización del matrimonio igualitario y se enmarcan dentro de una corriente general empeñada en la negativa de aceptar las disposiciones legales en ese sentido.

3.3.5. Texas y Massachusetts

Al igual que se realizó al señalar los fundamentos en favor de la aceptación del matrimonio igualitario en estos dos Estados de los Estados Unidos se presentarán en conjunto los argumentos en contra, por corresponder a un mismo contexto cultural.

Entre los argumentos más corrientes y que se han vuelto repetitivos a falta de mayor profundización en el análisis se encuentran la supuesta devaluación del concepto de matrimonio que implicaría la apertura al matrimonio igualitario y las consideraciones de orden biológico.

Aunque muchos argumentos contra el matrimonio gay se basan en la homofobia, incluso algunas personas que brindan su apoyo frente a la defensa de los derechos de los gays y las lesbianas tienen argumentos contra el matrimonio gay.

... Una preocupación principal es que permite que dos personas del mismo sexo a contraer matrimonio a devaluar el concepto de matrimonio. Quienes están en contra del matrimonio gay sostienen que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, y que permite el matrimonio entre homosexuales sería destruir la familia tradicional, que los defensores de esta idea de valor.

Otros sostienen que los matrimonios sean para la procreación. Este argumento está relacionado con la idea de que las parejas del mismo sexo son los padres no adecuados, y no se debe permitir que asuma una estructura familiar. Quienes están en contra del matrimonio gay, a menudo abren los puntos anteriores, aunque sus argumentos se basan en la idea de que la homosexualidad es inmoral. (Matrimonio Entre Homosexuales, 2014)

Un criterio que se debe tener en cuenta al momento de argumentar en contra del matrimonio homosexual es la aceptación o no por otras culturas que comparten los espacios con occidente tal como se desprende del concepto manifestado por Dennis y Cristine

Wiley, pastores afroamericanos, quienes sostienen que *“los afro descendientes son abiertamente homofóbicos porque tienen frente a estos sentimientos de temor y de odio.”*(Regis, 2014) Posición que sostienen al afirmar que en realidad la negativa de estas comunidades se trata de una bibliaidolatría pues ellos, como comunidad, respetan los postulados establecidos en los libros sagrados:

... ¿A qué se debe la supuesta homofobia entre la comunidad afroamericana? Según Wiley y Wiley, es la sobre-enfatización acerca de "lo que la Biblia dice." En su "inocente" (léase: ingenuo) enfoque de las Escrituras, los negros religiosos en particular, y los cristianos norteamericanos en general, han sucumbido a la "bibliaidolatría" —la práctica de adorar a la Biblia en lugar de adorar a Dios."

A diferencia de los musulmanes, quienes sí tratan a su Libro como un objeto de culto, los cristianos adoran al Autor del suyo al tomar seriamente las palabras que Él ha escrito y al aplicarlas en sus vidas.

Luego, discutiendo a favor de su punto de vista privilegiado, los pastores afirman tener objetividad en su comprensión de las Escrituras, mientras acusan que la comprensión de los tradicionalistas ha sido moldeada inadvertidamente por influencias culturales. Bueno, eso ciertamente le da la vuelta a las cosas—ya que el tradicionalista es el que busca el significado simple del texto dentro de su entorno cultural, y el defensor homosexual es el que impone la cultura, la cultura moderna, sobre las Escrituras, con la "experiencia personal" como punto de referencia moral.(Regis, 2014)

Sin profundizar más en cuanto a los argumentos en favor y en contra del matrimonio igualitario es pertinente observar que, de manera general, se presentan unas valoraciones universales, al menos en la cultura occidental, si bien ellas están permeadas por los cambios contextuales que se dan conforme a los factores culturales propios de cada región. Puede concluirse, entonces, afirmando que salvo pequeñas discrepancias de orden interno los argumentos expuestos en torno al tema son tan generalizados que pueden servir de apoyo para analizar lo que pueda suceder en Colombia, país en el cual existe una autorización constitucional para contraer matrimonio igualitario pero en el cual todavía no

se ha promulgado una ley en tal sentido, lo que permite la intervención en ese campo de los organismos de control.

3.4. Cuadro comparativo frente al Matrimonio Igualitario

Con la finalidad de entender los motivos que han llevado a que en otros países se legisle o no el matrimonio igualitario como una figura en igualdad de condiciones con el matrimonio heterosexual se procede a realizar un rastreo legal comparado los países que vienen siendo analizados como muestra para el presente trabajo.

3.4.1. Argentina

Tabla 1. Argentina - Colombia

ARGENTINA	COLOMBIA
CONSTITUCIÓN	
<p>El artículo 19 de la Constitución argentina señala que “<i>Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe</i>”. Gracias a este mandato y con la creación de la Ley 26.618 y el Decreto 1054 de 2010 se alcanza la libertad, para todas las personas, de contraer matrimonio sin que el sexo de los contrayentes sea un obstáculo para tal actuación.</p>	<p>El artículo 42 de la constitución Política de 1991 señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, mandato que al expresar directamente que la familia se constituye por un hombre y una mujer cierra la posibilidad de implementar el matrimonio igualitario, a menos que se realice una reforma a la Constitución en tal sentido.</p>
LEYES INTERNAS	
<p>-Ley 26.618 y Decreto 1054/2010. Código Civil. Matrimonio Civil. Su</p>	<p>En Colombia no existen leyes internas que regulen el matrimonio entre personas del</p>

<p>modificación.</p> <p>Se modifican varios aspectos del instituto del Matrimonio Civil en la República Argentina reemplazando los términos “hombre y mujer” por “contrayentes” y sus demás adecuaciones. Apellido de hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo. Bienes gananciales. Artículo de no discriminación o restricción del ordenamiento jurídico Argentino, respecto a los Derechos y Obligaciones del Matrimonio entre dos personas de igual sexo.</p> <p>La principal modificación se le hace al artículo 172.</p>	<p>mismo sexo</p>
<p>CÓDIGO CIVIL</p>	
<p>Art. 172. Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.</p> <p>El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.</p>	<p>ARTICULO 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.</p>
<p>JURISPRUDENCIA</p>	
<p>ANÁLISIS DEL FALLO 'B. D. A. Y OTROS (del Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo y Tributario N° 4 de la CABA, 23/2/2010, Expte. 36117/2010), por el cual se pide se resuelva la contradicción entre el artículo 188 de la Constitución argentina y el artículo 172 del código civil, ante lo cual la jueza “que la jueza reconoce en su holding la "constitucionalidad" de los arts.</p>	<p>Varias sentencias han igualado algunos de los derechos de las parejas homosexuales, pero no existe una autorización expresa del matrimonio</p> <p>C-336/08. Pensiones para el compañero/a permanente del mismo sexo C-029 /09. Reconocimiento de otros derechos a parejas del mismo sexo: T-911/09. Derecho de pensión de sobreviviente elimina Requisito</p>

<p>172 y 188 CCiv -que importa permitir solo la legalidad del matrimonio heterosexual-, pero a su vez también "autoriza" un matrimonio homosexual.</p> <p>Esta es la primera aplicación que se hace al reconocimiento de las parejas homosexuales.</p>	<p>diferencial en parejas del mismo sexo T-051/10. Derecho de pensión de sobreviviente, igualando los requisitos a las parejas del mismo sexo y las heterosexuales</p> <p>C-283/11. Derecho a la porción conyugal de las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo</p>
--	---

Análisis: Argentina al abrirse al matrimonio igualitario modificó su régimen legal para dar garantías e igualdad a las parejas del mismo sexo, incluso trató, sin temor, la condición de los menores de edad que estarían a cargo de estas personas, lo que para Colombia todavía no ha sido posible pues lo más flexible que se ha tratado es de los derechos de estas personas en temas correlacionados como pensiones, seguridad social, sociedad conyugal, y no desde la legislación sino desde la jurisprudencia, tomando como base el ánimo colegislador que tiene la Corte Constitucional desde su creación por el Constituyente de 1991.

Si bien en el fallo 'B. D. A. y otros se planteó la posibilidad de una contradicción entre el artículo 188 de la Constitución argentina y la reforma al artículo 172 del código penal el juzgado que tuvo a su cargo el proceso determinó que no se encontraron elementos para la declaratoria de inconstitucionalidad de dicha reforma.

Por lo tanto debe observarse que en el caso argentino la creación de la ley que aprobó el matrimonio igualitario no entra en contradicción con la Constitución puesto que ésta, en su artículo 19 establece que todos los actos privados podrán realizarse conforme a lo establecido por la ley, con lo cual, por ser un mandato amplio y abierto, cobija cualquier

disposición de orden legal, sin entrar en contradicción con el mandato constitucional, lo que no ocurre en Colombia que le da una primacía absoluta a la Constitución al establecer, en su artículo 4° que “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”, razón por la cual se requiere de una reforma constitucional para hacer válido, ordenamiento legislativo nacional, la celebración del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Situación análoga a la señalada en el artículo 31 de la Constitución argentina el cual establece “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*”

Debe observarse también que la Ley 26.618, que modificó lo relacionado con el matrimonio civil, hizo extensivo sus efectos a todo el régimen de familia incluyendo aspectos como la filiación, la curaduría de los bienes de los hijos solteros y el régimen relacionado con el divorcio y la calidad en la cual quedan los cónyuges divorciados, la sucesión y los asuntos relacionados con la identificación de los hijos de personas de diferente sexo, aspectos estos que son regulados en Colombia única y expresamente para las parejas constituidas por personas del mismo sexo.

Además la Ley 26.743 reglamentó la identidad de género por la cual toda persona tiene derecho a la autodeterminación sexual y a ser tratado e identificado conforme a su libre decisión, con lo cual se complementó la igualdad entre los géneros, la cual aún no se alcanza en Colombia, a pesar de los adelantos en materia de reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales.

3.4.2. Venezuela

Tabla 2. Venezuela - Colombia

VENEZUELA	COLOMBIA
CONSTITUCIÓN	
<p>El artículo 77 de la Constitución venezolana es explícito al determinar que el matrimonio reconocido en la nación es el matrimonio heterosexual, puesto que señala que: “<i>Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio</i>”, con lo cual niega constitucionalmente la posibilidad de implementar el matrimonio igualitario.</p>	<p>El artículo 42 de la constitución Política de 1991 señala que “<i>la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla</i>”, mandato que al expresar directamente que la familia se constituye por un hombre y una mujer cierra la posibilidad de implementar el matrimonio igualitario, a menos que se realice una reforma a la Constitución en tal sentido.</p>
LEYES INTERNAS	
<p>No existen leyes internas con relación al matrimonio entre parejas del mismo sexo.</p>	<p>En Colombia no existen leyes internas que regulen el matrimonio entre personas del mismo sexo</p>
CÓDIGO CIVIL	

<p>El artículo 44 del Código Civil (CC) señala que el matrimonio debe tener lugar entre un hombre y una mujer, esto es se precisa de una relación heterosexual, a diferencia de otras legislaciones. La doctrina patria ha ratificado la diversidad de sexos de la unión concubinaria entre los requisitos de ésta última, pues en definitiva la institución se concibe a semejanza del matrimonio. Por lo que se concluye que la equiparación de uniones de hecho de parejas homosexuales preciaría de una reforma constitucional. Pues se afirma que el Anteproyecto de Constitución originalmente aludía a las uniones de hecho en general , y posteriormente se le adicionó la referencia expresa a “hombre y mujer”</p>	<p>ARTICULO 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.</p>
<p>JURISPRUDENCIA</p>	
<p>El Máximo Tribunal en Sala Constitucional mediante sentencia N° 1682 del 15-7-05 se pronunció a propósito de recurso de interpretación del artículo 77 de la Constitución considerando extensible a la unión concubinaria (de ser probada ésta) además de la comunidad concubinaria (art. 767 CC) algunos efectos del matrimonio, tales como la vocación hereditaria o la obligación de alimentos.</p> <p>Dicha decisión alude en múltiples oportunidades a la necesidad de un hombre y una mujer a los fines de la unión estable de hecho. Posteriormente, la Sala Constitucional mediante sentencia 190 del 282-08 se pronunció a propósito de la improcedencia de la comunidad concubinaria entre personas del mismo sexo, no considerando que se configure en tal caso violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 21 de la Constitución</p>	<p>Varias sentencias han igualado algunos de los derechos de las parejas homosexuales, pero no existe una autorización expresa del matrimonio</p> <p>C-336/08. Pensiones para el compañero/a permanente del mismo sexo C-029 /09. Reconocimiento de otros derechos a parejas del mismo sexo: T-911/09. Derecho de pensión de sobreviviente elimina Requisito diferencial en parejas del mismo sexo T-051/10. Derecho de pensión de sobreviviente, igualando los requisitos a las parejas del mismo sexo y las heterosexuales C-283/11. Derecho a la porción conyugal de las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo</p>

Análisis: Los legisladores venezolanos, al igual que sucede en Colombia, no han creado la normatividad necesaria para la implementación del matrimonio igualitario; su posición es, incluso, aún más ortodoxa que la posición colombiana, puesto que no han hecho un reconocimiento amplio de derechos colaterales para sus integrantes, dado que sólo se ha reconocido la vocación hereditaria y la obligación de alimentos, pero sobre derechos tales como la seguridad social, la porción conyugal y otros derechos derivados de la convivencia permanente no han sido tomados en cuenta, por lo cual todavía deben recorrer un largo camino en busca del reconocimiento universal de la igualdad de todas las personas frente a la elección de género al momento de tomar la decisión de contraer matrimonio.

Esta posición del legislador venezolano y de las Cortes de dicho país se constituye en un límite a la igualdad que debe imperar entre las personas, sin dejar de lado el reconocimiento de factores de orden moral y religioso que son comunes a los países que recibieron una cerrada influencia por parte de España, en ese momento adalid de la religión cristiana, influencia que no ha sido trascendida por muchos de los pueblos hispanohablantes que aún conservan rezagos de una tradición colonial.

3.4.3. Holanda

Tabla 3. Holanda y su zona de influencia - Colombia

HOLANDA Y SU ZONA DE INFLUENCIA	COLOMBIA
CONSTITUCIÓN	
La Constitución holandesa no hace una referencia expresa a la composición de género que deben tener las parejas que deciden contraer matrimonio. Expresa en el	El artículo 42 de la constitución Política de 1991 señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o

<p>artículo 1° que: <i>“Todos los que se encuentran en los Países Bajos serán, en casos iguales, tratados de igual manera. No se permitirá discriminación alguna por razón de religión, creencias, ideología, convicción política, raza, sexo o cualquier otra consideración”</i>, mandato que es orden general y que no entra en contradicción con el otorgamiento del derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo.</p>	<p>jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, mandato que al expresar directamente que la familia se constituye por un hombre y una mujer cierra la posibilidad de implementar el matrimonio igualitario, a menos que se realice una reforma a la Constitución en tal sentido.</p>
<p>LEYES INTERNAS</p>	
<p>El 19 de diciembre de 2000, la Cámara Alta del Parlamento holandés aprobó un proyecto que permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio. La ley conocida como Bill N° 26672, entró en vigencia a partir de enero de 2001, las parejas homosexuales podrán acceder a la institución del matrimonio, estén ellas registradas o no, y obtener los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales.</p> <p>En la actualidad en Holanda las parejas del mismo o de distinto sexo tienen la posibilidad de registrar su unión gracias a la Ley de Parejas Registradas. Sin embargo, la pareja registrada no posee los mismos efectos que un matrimonio.</p>	<p>No existen leyes internas en Colombia que consagren la figura del matrimonio entre parejas del mismo sexo.</p>
<p>CÓDIGO CIVIL</p>	
<p>El Código civil holandés señala que</p> <p>“Artículo 1:30 Normas legales sólo efecto de la relación civil entre los cónyuges.</p> <p><i>1. El matrimonio podrá celebrarse por dos personas de diferente o del mismo género (sexo).</i></p> <p><i>2. La ley considera que un matrimonio sólo en sus relaciones jurídicas civiles.</i></p> <p>Por otra parte el artículo 1-33 introduce el deber de fidelidad entre los contrayentes,</p>	<p>ARTICULO 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.</p>

<p>sean estos homosexuales o heterosexuales, puesto que consagra la monogamia al indicar que <i>“Una persona sólo puede estar unida en matrimonio con otra persona al mismo tiempo.”</i></p>	
<p>JURISPRUDENCIA</p>	
<p>En Holanda no se encuentran sentencias que versen sobre los derechos de las parejas homosexuales toda vez que el reconocimiento legal es pleno y ello conlleva que no se presenten controversias sobre unos derechos que son reconocidos a plenitud.</p> <p>Sin embargo debe señalarse que el concepto de matrimonio heterosexual e indisoluble quedó derogado por el Bill N° 26672), con lo cual se abrió paso a la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, situación que es legal desde el 1° de abril de 2001.</p>	<p>Varias sentencias han igualado algunos de los derechos de las parejas homosexuales, pero no existe una autorización expresa del matrimonio</p> <p>C-336/08. Pensiones para el compañero/a permanente del mismo sexo C-029 /09. Reconocimiento de otros derechos a parejas del mismo sexo: T-911/09. Derecho de pensión de sobreviviente elimina Requisito diferencial en parejas del mismo sexo T-051/10. Derecho de pensión de sobreviviente, igualando los requisitos a las parejas del mismo sexo y las heterosexuales C-283/11. Derecho a la porción conyugal de las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo</p>

Análisis: La legislación holandesa es la más avanzada en cuanto al reconocimiento y aceptación del matrimonio igualitario, lo cual es un reflejo de una sociedad que ha logrado unos altos niveles no solo en materia civil sino en aspectos como el reconocimiento de las igualdades sociales y la apertura a condiciones dignas de vida de cada uno de sus ciudadanos.

De la experiencia holandesa no puede desprenderse que el hecho que los niños pertenezcan a grupos familiares compuestos por parejas del mismo sexo se derive una orientación sexual encaminada al homosexualismo, desvirtuando las concepciones hipotéticas que se tienen en cuanto a los efectos negativos de las relaciones entre parejas

del mismo sexo, frente a los hijos y a la sociedad en general, concepciones que no pasan de ser mitos con los cuales se ha pretendido cerrar el camino a posiciones abiertas frente a criterios predominantemente ortodoxos que imperan en las sociedades actuales.

Esto se hace evidente cuando se observa que ya desde 1999 el gobierno holandés definió que las parejas homosexuales tendrían el mismo tratamiento que las heterosexuales no solo en la conformación del acto mismo del matrimonio sino en las consecuencias que puedan derivarse de un divorcio, el cual deberá solicitarse ante las Cortes del país.

Como una aceptación más de la igualdad entre parejas homosexuales y heterosexuales en el año 2000 se reglamentó la adopción por las primeras siempre y cuando tuviesen al menos tres años de convivencia y se encontrasen casados o registrados, requisitos estos que son los mismos que para las parejas heterosexuales.

Es de observar que la adopción de parejas en Holanda es reconocida en todos los territorios del Reino de los Países Bajos, no lo es en otros países que se encuentran dentro del área de influencia de Holanda, tales como Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Donaire, Sint Eustaius y Saba, en los cuales si bien se da una cierta aceptación no se les concede a los miembros de las parejas homosexuales una verdadera igualdad frente a los heterosexuales, puesto que no se les reconocen aspectos tales como la seguridad social.

Este aspecto genera una cierta contradicción con la legislación colombiana que sin reconocer el matrimonio entre homosexuales si les da un tratamiento igualitario al de los matrimonios heterosexuales, dejando por fuera tan solo la adopción y la celebración de un matrimonio reconocido como tal.

3.4.4. España

Tabla 4. España. Colombia

ESPAÑA	COLOMBIA
CONSTITUCIÓN	
<p>El artículo 32 de la Constitución española no habla expresamente de la posibilidad de constituir una familia por matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo de su redacción se da la posibilidad que legislativamente se pueda dar dicha figura jurídica puesto que señala:</p> <p><i>1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.</i></p> <p><i>2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.</i></p>	<p>El artículo 42 de la constitución Política de 1991 señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, mandato que al expresar directamente que la familia se constituye por un hombre y una mujer cierra la posibilidad de implementar el matrimonio igualitario, a menos que se realice una reforma a la Constitución en tal sentido.</p>
LEYES INTERNAS	
<p>Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En virtud de la nueva redacción dada al artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte es la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo.</p>	<p>En Colombia no existen leyes internas que regulen el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo el artículo 113 del Código Civil señala que “<i>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</i>”.</p>
JURISPRUDENCIA	
<p>El Tribunal Constitucional se ha pronunciado declarando este principio de igualdad entre cónyuges de forma general en Sentencias como la 45/1989 y la 159/1989.</p> <p>Son importantes las sentencias 7/1983 y 58/1984, pues en ellas se ataca la desigualdad en la cual se colocaba la mujer que no podía acceder a un trabajo si</p>	<p>Varias sentencias han igualado algunos de los derechos de las parejas homosexuales, pero no existe una autorización expresa del matrimonio</p> <p>C-336/08. Pensiones para el compañero/a permanente del mismo sexo C-029 /09. Reconocimiento de otros derechos a parejas del mismo sexo: T-911/09. Derecho de pensión de sobreviviente elimina Requisito diferencial en parejas del mismo sexo</p>

<p>contraía matrimonio, por lo cual si dos mujeres se casaban entre sí ninguna de las dos podría acceder a la vida laboral, lo cual iba en contrapeso de una situación consolidada a través de la costumbre y que se hará efectiva en la sentencia 242/1988 que indica que en el ámbito doméstico los integrantes de la pareja son iguales ante las responsabilidades familiares.</p>	<p>T-051/10. Derecho de pensión de sobreviviente, igualando los requisitos a las parejas del mismo sexo y las heterosexuales C-283/11. Derecho a la porción conyugal de las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo</p>
---	---

Análisis: Es importante mirar cómo en España desde la misma concepción constitucional se da la posibilidad que existan diferentes formas de matrimonio, ello debido, tal vez, a la aplicación del derecho foral que debe hacerse en dicho país, en el cual, de una manera no tan acentuada como en los estados federales, se debe aplicar la ley particular de cada Estado. Desde este mandato constitucional la ley puede establecer “*las formas de matrimonio*”, lo cual se hace efectivo a través de la ley 13 del 1 de julio de 2005, la cual va a ser ampliada por leyes posteriores, y en la cual se hace un reconocimiento a la libertad de género que tienen los contrayentes.

Es de observar que ya con anterioridad a la ley 13 de 2005 existían en España una serie de leyes que daban a las parejas homosexuales un reconocimiento, aunque parcial, a muchos de los efectos derivados del matrimonio, tales como la 11 de 1981 que modificó el código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la ley 21 de 1987 que legisló en materia de adopción y la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que reformó el Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En Colombia si bien no existe un mandato tan claro que permita un reconocimiento directo si podría darse un reconocimiento por vía jurisprudencial, toda vez que si bien hay grandes diferencias en la concepción del derecho, dado el centralismo cerrado que impera en el país en materia legislativa, no puede olvidarse las raíces romanas que son comunes a ambas legislaciones.

3.4.5. Texas

Tabla 5. Texas – Colombia

TEXAS	COLOMBIA
CONSTITUCIÓN	
<p>En la Constitución federal de los Estados Unidos de Norteamérica y en la Constitución estatal de Texas no se hace ninguna alusión a la conformación de la familia ni a las condiciones en las cuales deba celebrarse el matrimonio, por lo tanto debe acudir a la cláusula de igualdad general contenida en el artículo primero cuando señala que “todas las personas nacen iguales ante la ley”, argumento que ha sido esgrimido en favor y en contra del matrimonio entre parejas homosexuales, bien sea que se argumente que las parejas heterosexuales dan a los niños mejor estabilidad sociológica y cultura o que se defienda la libertad para decidir la autodeterminación sexual.</p>	<p>El artículo 42 de la constitución Política de 1991 señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, mandato que al expresar directamente que la familia se constituye por un hombre y una mujer cierra la posibilidad de implementar el matrimonio igualitario, a menos que se realice una reforma a la Constitución en tal sentido.</p>
LEYES INTERNAS	
<p>Ley de Defensa del Matrimonio (en inglés <i>Defense of Marriage Act</i>) es una ley federal de los Estados Unidos promulgada por el presidente Bill</p>	<p>En Colombia no existen leyes internas que regulen el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo el artículo 113 del Código Civil señala que “<i>El matrimonio es un</i></p>

<p>Clinton el 21 de septiembre de 1996. La tercera sección de la ley que definía el matrimonio a escala federal como una unión legal entre un hombre y una mujer fue declarada anticonstitucional por el Tribunal Supremo el 26 de junio de 2013. La segunda sección de la ley, que sigue en vigor, declara que ningún estado (u otra subdivisión política dentro de los Estados Unidos) está obligado a reconocer una relación entre personas del mismo sexo como válida, aunque la pareja se case en otra jurisdicción donde sea legal el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley fue aprobada por ambas cámaras del Congreso.</p>	<p><i>contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.</i></p>
---	---

JURISPRUDENCIA

<p>Lawrence v. Texas (2003)</p> <p>Posterior al caso de Bowers, muchos Tribunales Supremos estatales comenzaron a declarar inconstitucionales las leyes en contra de la sodomía en sus estados. Pero para el año 2003, nueve estados prohibían la sodomía tanto para parejas homosexuales como heterosexuales. Pero cuatro estados prohibían la sodomía sólo entre personas del mismo sexo. El estado de Texas era uno de estos. Se impugnó la ley bajo la igual protección de las leyes y bajo el debido proceso de ley bajo la enmienda 14. El juez Anthony Kennedy expresó que dos adultos que consentían poseen un derecho fundamental a practicar el tipo y forma de relación sexual que deseen porque está protegido por el concepto de libertad e intimidad del debido proceso de ley de la enmienda 14.</p>	<p>Varias sentencias han igualado algunos de los derechos de las parejas homosexuales, pero no existe una autorización expresa del matrimonio</p> <p>C-336/08. Pensiones para el compañero/a permanente del mismo sexo</p> <p>C-029 /09. Reconocimiento de otros derechos a parejas del mismo sexo:</p> <p>T-911/09. Derecho de pensión de sobreviviente elimina Requisito diferencial en parejas del mismo sexo</p> <p>T-051/10. Derecho de pensión de sobreviviente, igualando los requisitos a las parejas del mismo sexo y las heterosexuales</p> <p>C-283/11. Derecho a la porción conyugal de las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo</p>
--	--

Análisis: En Texas sí se puede observar una gran problemática en la lucha de poderes con el fin de aprobar la ley que dará los derechos y garantías a las personas homosexuales, a diferencia de Colombia es que este tiene más probabilidades de la aceptación legal de estas personas debido a que culturalmente hablando su desarrollo es más rápido y legalmente hablando en los últimos meses, jueces federales resolvieron casos similares en la misma dirección en Virginia, Oklahoma y Utah, mientras que en Kentucky se dio luz verde a reconocer parejas casadas bajo la jurisdicción de otros estados.

Los demócratas de Texas celebraron la decisión judicial porque creen que "*el amor es el amor y todo el mundo que quiere debería poder casarse*", en palabras de Glen Maxey, primer legislador abiertamente gay que formó parte del Congreso texano, sin embargo no puede dejar de observarse que existe una arraigada oposición en el congreso norteamericano ya que muchos legisladores no están de acuerdo con declarar la sección tercera de la ley federal la cual señala que el matrimonio debe realizarse entre un hombre y una mujer y propugnan porque los jueces sigan aplicando la sección tercera hasta cuando se dé un fallo definitivo sobre su inconstitucionalidad.

En la Unión Americana 33 Estados han prohibido explícitamente, en los últimos años, los matrimonios homosexuales, ya sea por ley, por enmienda constitucional o por ambas fórmulas, según el recuento de la organización sin ánimo de lucro ProCon.

Esta discusión que se presenta en el Estado de Texas es un referente obligatorio para Colombia puesto que en el país también se presentan puntos extremos en torno a la aprobación o no del matrimonio homoparental, ello a pesar de tener en cuenta que se trata de un contexto como el medio oeste norteamericano donde las corrientes liberalizantes

tiene una mayor la fuerza a favor de las corrientes que pretenden la aceptación de la familia igualitaria, lo cual se deriva en factores religiosos y morales más amplios que los tradicionalmente desarrollados en Colombia.

3.4.6. Massachusetts

Tabla 6. Massachusetts – Colombia

MASSACHUSETTS	COLOMBIA
CONSTITUCIÓN	
En la Constitución federal de los Estados Unidos de Norteamérica y en la constitución federal de Massachusetts no se hace ninguna alusión a la conformación de la familia ni a las condiciones en las cuales deba celebrarse el matrimonio, por lo tanto debe acudir a la cláusula de igualdad general contenida en el artículo primero cuando señala que “todas las personas nacen iguales ante la ley”, argumento que ha sido esgrimido en favor y en contra del matrimonio entre parejas homosexuales, bien sea que se argumente que las parejas heterosexuales dan a los niños mejor estabilidad sociológica y cultura o que se defiende la libertad para decidir la autodeterminación sexual	El artículo 42 de la constitución Política de 1991 señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, mandato que al expresar directamente que la familia se constituye por un hombre y una mujer cierra la posibilidad de implementar el matrimonio igualitario, a menos que se realice una reforma a la Constitución en tal sentido.
LEYES INTERNAS	
No existen leyes de carácter interno	En Colombia no existen leyes internas que regulen el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo el artículo 113 del Código Civil señala que “ <i>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</i> ”.

JURISPRUDENCIA

<p>Caso Goodridge Vs. Departament of Public hearth</p> <p>Fue el primer Estado en legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos.</p> <p>. “El 18 de noviembre de 2003, la Corte Judicial Suprema de Massachusetts declaró que las leyes estatales que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo eran inconstitucionales y discriminatorias.</p> <p>La Corte indicó que el Derecho de casarse debía entenderse ampliado a las parejas del mismo sexo. La Corte otorgó 6 meses a la Asamblea General de Massachusetts, a fin de que enmendase la Ley, si bien en el caso de que no lo hiciera (como finalmente ocurrió) el fallo entraría en vigor sin más trámite transcurrido ese plazo es decir, el día 17 de mayo de 2004.</p>	<p>Varias sentencias han igualado algunos de los derechos de las parejas homosexuales, pero no existe una autorización expresa del matrimonio</p> <p>C-336/08. Pensiones para el compañero/a permanente del mismo sexo</p> <p>C-029 /09. Reconocimiento de otros derechos a parejas del mismo sexo:</p> <p>T-911/09. Derecho de pensión de sobreviviente elimina Requisito diferencial en parejas del mismo sexo</p> <p>T-051/10. Derecho de pensión de sobreviviente, igualando los requisitos a las parejas del mismo sexo y las heterosexuales</p> <p>C-283/11. Derecho a la porción conyugal de las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo</p>
--	--

Análisis: Para el caso en análisis el Estado de Massachusetts es el más relevante toda vez que la situación que allí se presenta es similar a la que se da actualmente en Colombia puesto que la autorización se da por vía de precedente judicial, debido a una exhortación que hace la Corte Judicial Suprema del Estado al órgano legislativo para que en un plazo de seis meses enmendara la ley admitiendo la igualdad entre los matrimonios homosexuales y heterosexuales creando y votando favorablemente una ley que apruebe el matrimonio igualitario, lo cual no se hace efectivo, tal como sucedió en Colombia, país en

el cual la Corte Constitucional exhortó, igualmente, al Congreso para que legisle en torno al tema en estudio, sin encontrar una respuesta efectiva por parte del ente legislador.

Deberá tenerse en cuenta que, contrario a lo que pasa en el Estado de Texas, donde existe una mayor libertad frente a conceptos morales, otros Estados americanos y la gran mayoría de países latinoamericanos conservan un rechazo históricamente arraigado en las costumbres de los pueblos, frente a la aceptación de las parejas homosexuales, las cuales pretenden hacer valer sus derechos a pesar de encontrar una gran oposición de los entes gubernamentales y de control, tal y como sucede en Colombia.

Como un colofón interesante y que debe relacionarse con la problemática que se presenta en Colombia, el Estado de Massachusetts logró que se legislara lo relacionado con el matrimonio para lesbianas y gays el 17 de mayo de 2004, con lo cual se alcanzó la igualdad de género de todos los ciudadanos que habitan el Estado.

CONCLUSIONES

El concepto de la familia igualitaria está presente en todas las culturas, sea cual sea la orientación moral o jurídica que se le dé. Ello se debe a que las relaciones entre personas del mismo sexo, que han sido una constante en la historia de la humanidad comienza a desmitificarse debido, principalmente, a las nuevas tecnologías que han permitido que las diversas culturas entren rápidamente en interacción, con lo cual los conceptos culturales localistas van perdiendo terreno frente a la universalización de las ideas.

Temas como el homosexualismo, el lesbianismo y las diversas manifestaciones sexuales que se alejan del parámetro estándar de las relaciones heterosexuales, han sido consideradas como aberraciones por las corrientes morales y religiosas, sin embargo no puede confundirse el orden jurídico con el orden moral, en tanto el primero norma las conductas sociales y el segundo regula la actividad autónoma de las personas.

En la discusión en cuanto a si es posible o no la legalización del matrimonio igualitario no deben tenerse en cuenta los conceptos derivados del orden moral pues ello puede entrar en contradicción con la norma jurídica que es de obligatorio cumplimiento es regulada coercitivamente por el Estado, que hace primar el derecho positivo sobre las consideraciones de orden religioso.

Por ejemplo, en Holanda, país en el cual la social democracia y los procesos religiosos imperantes en la sociedad, con la negativa a un catolicismo ortodoxo y una aceptación histórica de los procesos protestantes inspirados en los grandes reformadores de la iglesia, al igual que ocurre en Argentina, país que siendo católico se ha destacado, en el

contexto latinoamericano, por ser más progresista en cuanto al desarrollo de una sociedad más tolerante.

Esta situación se hace extensiva a los estados más liberalizados de la Unión Americana, como es el caso de Texas y Massachusetts, con lo cual se ha ampliado el número de legislaciones que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, como una respuesta efectiva a la conformación de una familia bajo criterios de libertad y autodeterminación.

España hace eco a su diversidad cultural y legislativa, dando paso a la aceptación de la familia igualitaria como un reconocimiento a la diversidad sexual y al derecho que tiene cada persona de constituir una familia bajo los criterios de género que considere como fundamentales para alcanzar su felicidad.

Contrario sensu en Venezuela, con una sociedad patriarcal centrada en los valores heredados de la colonia, se hace cada vez más difícil un tránsito hacia figuras que puedan permitir una libertad sexual, Colombia por su parte se enfrenta a un gran dilema cuando se trata de cambiar la concepción católica tradicional.

En Colombia se ha presentado una controversia con el Procurador General de la Nación, funcionario que ha impugnado las uniones notariadas en el país, con el argumento que el Congreso no legisló utilizando el término matrimonio y que la Corte Constitucional no sentó un concepto jurisprudencial claro, a pesar del paulatino reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo que ha llevado al reconocimiento de elementos económicos para dichas parejas pero que frente a la concepción de autorizar un matrimonio

en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales ha sido reticente en sentar una línea jurisprudencial definitiva, dejando el problema en manos del Congreso.

Ante esta dicotomía del órgano de control constitucional debe pensarse, entonces, en la posibilidad real que existe frente al hecho que el Congreso reglamente el matrimonio igualitario a fin de hacer efectivo un derecho que si no tiene reconocimiento legal sí es una realidad a la luz de la decisión voluntaria de personas del mismo sexo que pretenden constituir una familia con los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias heterosexuales en el territorio nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- 5 razones por las que los pediatras de EEUU apoyan la adopción gay.* (2014). Obtenido de Elconfidencial.com
- Robert Alexis. (2010). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- ¿Cómo es la legislación sobre los matrimonios gays en otros países?* (2012). Obtenido de <http://www.fundacionreflejosdevenezuela.com/noticia/2397/iquestCoacutemo-es-la-legislacioacuten-sobre.html>
- AICA Antigua. (2010). *La Iglesia ofrece argumentos contra el “matrimonio homosexual”*. Obtenido de http://www.aicaold.com.ar/index.php?module=displaystory&story_id=21394
- Albertsen, A. (2010). *El matrimonio de personas del mismo sexo. Centro cristiano de la comunidad GLTTB A.C.*
- Alder Izquierdo, A. (2013). *Realidad Jurídica y social del derecho a la orientación e identidad de género*. Obtenido de Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. Tesis para optar al título de Doctor: <file:///C:/Users/SEMILLEROS/Desktop/Juan%20Guillermo/Manuela/DDA>
- APA. *Centro de apoyo*. (2014). Obtenido de www.apa.org › Centro de Apoyo
- Brady, Y. R. (2013). Apuntes históricos sobre el lugar de la homosexualidad masculina en el contexto internacional. (132). *Revista Santiago*.
- Cardoso Onofre de Alencar, E. (s.f.). *Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de los tribunales brasileros*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Colombia Diversa. (2013). *Procurador persiguió sistemáticamente a parejas del mismo sexo durante el 2013*. Obtenido de <http://www.matrimonioigualitario.org/> 2013
- Cruz, J. C. (2011). *La “naturalidad” de la familia, según Aristóteles*. Obtenido de www.leynatural.es/2011/08/13/la-naturalidad-de-la-familia-en-aristoteles/
- Departamento de Justicia y Paz. Provincia de Quilmes. (2009). *Carta del Departamento de Justicia y Paz por el día de los derechos humanos*. Obtenido de http://obisquil.org.ar/noticias/2009_10-diciembre.htm
- E. Cantarella. (1996). *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*. Valencia .

- El Espectador. (17 de Abril de 2013). *Hundir matrimonio igualitario prueba que el Congreso no sirve para nada*. Obtenido de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/hundir-matrimonio-igualitario-prueba-el-congreso-no-sir-articulo-416729>
- El Matrimonio en la antigua Roma*. (2014). Obtenido de <http://www.hipernova.cl/LibrosResumidos/Historia/LosRomanos/MatrimonioAntiguaRoma.html>
- El vínculo matrimonial*. (2014). Obtenido de <http://www.fluvium.org/textos/mujer/muj249.htm>
- Esencialpluriversal*. (2013). Obtenido de <http://esencialpluriversal.wordpress.com/2012/02/29/etica-y-moral/>
- Fallo 261 (Corte Suprema de Justicia 2011).
- Figari, C. (1 de Julio de 2010). *La ciencia a favor del Matrimonio para parejas del mismo sexo*. Obtenido de Lanación.com
- Fundación Prohumana. (2013). *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*. Medellín: Grupo Latino Editores.
- Futuro prometedor para parejas LGBTI en Venezuela*. (2014). Obtenido de <http://www.utadeo.edu.co/es/noticia/emisora/emisora-oyeme-ujtl/7451/futuro-prometedor-para-parejas-lgbti-en-venezuela>
- Holanda, un país de tolerancia a comunidad homosexual con algún interrogantes*. (2013). Obtenido de <http://noticias.terra.com.ar/sociedad/holanda-un-pais-de-tolerancia-a-comunidad-homosexual-con-algun-interrogantes,d90432132e9fe310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>
- Holanda: rebeldía frente a matrimonio homosexual*. (05 de 12 de 2011). Obtenido de Periódico virtual El Toque
- Instituto Valenciano de Fertilidad, Sexualidad y Relaciones Familiares. IVAF*. (2014). Obtenido de www.ivaf.org
- Izaguirre, B. (2014). *Venezuela al día*. .
- Lindarte, J. (16 de Febrero de 2014). *¿Diputados de la AN le darán el “sí” al matrimonio gay?* Obtenido de El tiempo.com.ve
- Loring García, M. I. (s.f.). *Sistemas de parentesco y estructuras familiares en la Edad Media*. Dialnet.

- Matheus, Y. (2013). *Director de la ONG Venezuela diversa*. Obtenido de <http://www.lapatilla.com/site/2013/05/16/comunidad-gay-en-venezuela-marchara-a-favor-d>
- Matrimonio Entre Homosexuales*. (2014). Obtenido de <http://gaymarriage.lifetips.com/es/cat/64292/contra-el-matrimonio-gay/index.html>
- Matrimonio entre personas del mismo sexo*. (2013). Obtenido de enciclopedia.us.es/index.../Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo
- Matrimonio entre personas del mismo sexo*. (2014). Obtenido de hispanohablantes-pb-familia.blogspot.com/.../matrimonio-entre-personas..
- Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo*. (2010). Buenos Aires: Universidad Austral.
- Matrimonio homosexual: cinco argumentos a favor y en contra*. (2014). Obtenido de http://entremujeres.clarin.com/genero/Matrimonio-homosexual-argumentos-favor_0_297570244.html
- Matrimonio homosexual: cinco argumentos a favor y en contra*. (2014). Obtenido de http://entremujeres.clarin.com/genero/Matrimonio-homosexual-argumentos-favor_0_297570244.html
- Matrimonio Igualitario*. (2013). Obtenido de indignacion.org.mx/.../TESISORVELINMATRIMONIOIGUALITARIO2
- Medina, Graciela. Winograde, Carolina. (2014). *Informe de derecho comparado. La legislación favorable a los homosexuales en nueva Zelanda y Holanda; daños derivados de la lesión o muerte del compañero*. Obtenido de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/derecho-comparado/legislacion-favorable-homosexuales-nueva-zelanda-holanda-vivienda.pdf>
- Mohler, A. (2013). *El matrimonio homosexual como un derecho civil ¿Es correcto?* . Obtenido de <https://evangelio.wordpress.com/2013/03/01/el-matrimonio-homosexual-como-un-derecho-civil-es-correcto/>
- Molina Reguilón, A. (s.f.). *Amor y sexualidad en la Edad Media*. Obtenido de <http://www.arteguias.com/amoredadmedia.htm>
- Morgan, L. H. (s.f.). *La Sociedad Primitiva*. México DF: Ediciones Paulov.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris, Francia.

- Parra, S. (2010). *Editor revista Xacataciencia*. Obtenido de <http://www.xatakaciencia.com/genetica/los-padres-homosexuales-perjudican-el-desarrollo-de-sus-hijos>
- Pereda, C. F. (2014). *Juez anula prohibición del matrimonio homosexual en Pensilvania*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/mundo/ee-uu-y-canada/juez-anula-prohibicion-del-matrimonio-homosexual-en-pensilvania-/14014135>
- Ramirez Carranza, R. (2013). Obtenido de www.medicos.sa.cr/.../BOLETIN%20DEL%2019%20DE%20ABRIL%20
- Ramos, J. (2012). “*SALIR DEL ARMARIO*” *NO ES APLICABLE A LOS ANTIGUOS ROMANOS* . Obtenido de <http://arquehistoria.com/ser-gay-en-la-roma-antigua-12512>
- Regis, N. (2014). *Matrimonio homosexual. Contestando los argumentos*. Obtenido de <http://www.allaboutworldview.org/spanish/matrimonio-homosexual.htm>
- Robert Alexis. (2005). La institucionalización de la justicia. *Revista de derecho Valdivia*. Vol. XVIII N° 2, 247 - 250.
- Sentencia C- 098 (Corte Constitucional 1996).
- Sentencia C-075 (Corte Constitucional 2007).
- Sentencia C-238 (Corte Constitucional 2012).
- Sentencia C-283 (Corte Constitucional 2011).
- Sentencia C-577 (Corte Constitucional 2011).
- Sentencia C-886 (Corte Constitucional 2010).
- Sentencia SU-617 (Corte Constitucional 2014).
- Shoer Roth, D. (2014). *Argumentos en favor y en contra del matrimonio homosexual*. Obtenido de <http://gaylatino.about.com/od/Matrimoniogay/a/Argumentos-A-Favor-Y-En-Contra-Del-Matrimonio-Homosexual.htm>
- Spielvogel, J. (2014). *La Familia y Las Mujeres en Grecia Antigua*. Obtenido de <http://www.portalplanetasedna.com.ar/grecia5.htm>
- Torres Rojas, H. A. (26 de 04 de 2013). *Una victoria pírrica, el hundimiento del matrimonio igualitario*. Obtenido de ALAI América Latina en movimiento: <http://alainet.org/active/63604>

Tutela de Procuraduría tumbó primer matrimonio gay en Colombia. (2013). Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13096688>

Universidad de Navarra. Debate. (2014). Obtenido de www.unav.es/civil/nsd/nosindebate/argumentos2.doc

Urdaneta, R. (2009). *Asamblea Nacional, Matrimonio, Homosexualidad y Referendo.* Obtenido de <http://www.aporrea.org/actualidad/a75141.html>

Van por la uniones gay en Florida. (2014). Obtenido de <http://dns.elsiglo.mx/noticia/1012325.van-por-la-uniones-gay-en-florida.html>

Vélez H, I. M. (2013). *El matrimonio igualitario no existe: Procurador.*

Yourcenar, M. (2005). *Memorias de Adriano.* Editorial EDHESA.