

## Los derechos de las parejas del mismo sexo: ¿una defensa a partir del principio de igualdad o del derecho a ser diferentes?

Laura Lusma Castro Ortiz\*  
Sergio Estrada Vélez\*\*

\* Docente. Investigadora de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Colombia en Postgrado y Pregrado, en las áreas de derecho de Familia y Procesal; Abogada de la Universidad Autónoma de Colombia, Optando al título de Máster en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracias en Iberoamérica* de la Universidad Alcalá de Henares de Madrid (España). Magíster en Dirección Universitaria de la Universidad de Los Andes de Bogotá. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Bogotá; Aprobó Curso-Concurso para Juez de la República en el área de Familia, dictado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, IV Promoción de Capacitación para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República 2009. Directora del Grupo de Investigación *Filantropía Iuris*, Directora del Proyecto de investigación en desarrollo *Evolución Jurisprudencial sobre los derechos de la Familia Homosexual en Colombia*. Registrada ante COLCIENCIAS con CvLAC y GrupLAC COL0101277. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Colegio Nacional de Abogados Litigantes CNAL. Participación como Jurado de Semilleros de Investigación – nacionales e internacionales – en los Congresos Colombianos de Derecho Procesal 2007, 2008 y 2009. Par Evaluador de semilleros de Investigación de REDCOLSI en el VIII Encuentro Regional Redcolsi Nodo Bogotá 4, 5 y 6 de agosto de 2010. Participante en los Congresos de Derecho Procesal, realizados por el Instituto Colombiano de Derecho procesal en los años 2003 a 2010. Ex Juez de Familia de la República de Colombia. Secretaria Académica de la Facultad de Derecho 2002-2005 de la Universidad Autónoma de Colombia. E-mail: laucasor@hotmail.com.

\*\* Profesor de Teoría del Derecho, Principialística y Hermenéutica Jurídica de la Universidad de Medellín (Colombia). Especialista en derecho constitucional. Especialista en argumentación jurídica. Diploma de Estudios Avanzados Universidad de León (España). Autor de los textos: *la excepción de principialidad, los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad y Principios y valores en el Estado social y constitucional de derecho colombiano*. E-mail: siestrada@udem.edu.co.

**Resumen:** La tendencia dentro del derecho comparado hacia un reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo genera retos teóricos y prácticos dentro del derecho constitucional y la filosofía política, en la medida que deben procurar por los mejores fundamentos y medios de protección de esos derechos. Un elemento común ha sido la defensa a partir del principio de igualdad, pero en modelos de Estado constitucional es necesario cualificar ese principio de corte liberal mediante el reconocimiento del derecho a ser diferente como mecanismo que ofrece una protección más efectiva frente a las decisiones mayoritarias. Así, se confirma una propensión a hacer de los derechos políticos garantías fundamentales del individuo frente a las mayorías tal como ocurre, para el caso colombiano, con el derecho a la participación y a la objeción de conciencia, reconocidos como derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Estado social de derecho. Objeción de conciencia. Desobediencia civil. Igualdad.

*Hay razones para suponer que nuestras antenas morales  
funcionan mejor bajo la expresión de la experiencia.*  
Hart Ely<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

El derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio se constituye en la actualidad en un tema que ha motivado importantes reflexiones al interior del derecho constitucional y la filosofía política. El reconocimiento de la igualdad y la aceptación

---

<sup>1</sup> HART, Ely John. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, p. 78.

de las diferencias imponen retos teóricos y prácticos que deben ser asumidos atendiendo a las específicas condiciones culturales de cada país y teniendo por norte el fortalecimiento del sistema democrático.

El principio de igualdad ha sido el argumento más comúnmente empleado en la defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo. Pero a la luz del particular contexto colombiano de Estado social y constitucional de derecho, es necesario indagar por la vía de protección de los derechos de las parejas del mismo sexo: a través del derecho a la igualdad o mediante el reconocimiento del derecho a ser diferente.

Partiendo de la base que en Colombia la institución matrimonial posee tanto ventajas como desventajas respecto de otros medios de conformación de la familia como la unión marital de hecho ¿se justifica acudir al principio de igualdad para extender el matrimonio cuando la igualdad que se busca no representa realmente un mayor beneficio o posee un específico término de comparación que confiera nuevos derechos o una mayor protección para las parejas del mismo sexo? De otro modo ¿por qué no pensar en la posibilidad de un medio de conformación de la familia diferente al matrimonio que reconozca las diferencias y le otorgue a las parejas del mismo sexo derechos no consagrados en el contrato matrimonial y reconocidos, por ejemplo, a los compañeros permanentes?

Contrario a lo que ocurre en diferentes países en los que la defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo se ha adelantado a partir del principio de igualdad, en Colombia parece ser más efectiva una defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo a partir del derecho a ser diferente.

En la medida que la igualdad no represente el acceso a nuevos derechos o a una mayor protección de los ya existentes, es necesario acudir a otra forma de constitución de la familia diferente al matrimonio entre parejas del mismo sexo y que reflejen sus

específicas diferencias y necesidades. En términos más concretos, en el contexto colombiano, contrario a lo que piensa un amplio sector, puede resultar más efectiva la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo a partir del reconocimiento de las diferencias que a partir de la lucha por ser iguales a la mayoría.

Si la mayoría es la que impone los criterios de identidad o diferenciación entre las parejas del mismo sexo y las heterosexuales, más difícil es la protección de los derechos de las minorías. Pero si se acude a uno de los principales elementos del sistema democrático como es el pluralismo ideológico o el respeto por las diferencias, no le basta a la mayoría, para dar cumplimiento a su responsabilidad política, imponer estándares o criterios que deben cumplir las minorías para acceder a las ventajas de estar en el grupo mayoritario, sino que debe respetar a quienes son diferentes y promover espacios para el ejercicio de sus derechos. En este orden de ideas, mayor será la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo si se les respeta el derecho a ser diferentes a si se les reconoce el derecho a ser iguales.

Lo anterior representa un importante reto dentro de la teoría de los derechos subjetivos en la medida que se evidencia en los Estados constitucionales un proceso de fortalecimiento de los derechos políticos hacia su fundamentalización, esto es, la conversión de los derechos políticos hacia derechos fundamentales. En este orden de ideas, mientras que el derecho a la igualdad es un derecho fundamental, el derecho a ser diferente se afirma inicialmente como un derecho político y en la medida que se desee ser coherentes con el respeto de las diferencias y el pluralismo, pasa de ser un concesión de las mayorías a ser un mecanismo de defensa de las minorías frente a la voluntad mayoritaria.

Esa mutación de derechos políticos a derechos fundamentales se demuestra con dos ejemplos: la afirmación de la consulta previa de la que trata el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas

y tribales como un derecho fundamental y la reciente sentencia C-728 de 2009 M.P. Gabriel Mendoza Martelo, en la que la Corte Constitucional reconoce la objeción de conciencia, históricamente considerado derecho político, como un derecho fundamental.

Importante recordar otra gran tendencia en materia de derecho ambiental y seguridad social a reconocer mayores garantías jurisdiccionales con fundamento en una teoría de principios jurídicos que los asume como normas jurídicas que se integran al bloque de constitucionalidad y que, en consecuencia, son prevalentes frente a las restantes normas del ordenamiento, idea muy lejana a la sostenida por un amplio sector de la doctrina que los describe como normas auxiliares a la ley, mandatos de optimización o normas equiparables a valores. En el derecho ambiental se puede mencionar los principios de precaución y rigor subsidiario y dentro de la seguridad social el principio de no regresividad.

Otras razones para afirmar, desde una perspectiva política, la mayor pertinencia de una defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo a partir de derecho a ser diferentes en lugar del principio de igualdad, son las siguientes:

- La protección de los derechos de esas parejas a partir del derecho a ser diferentes representa una menor intervención de la jurisdicción en la potestad de configuración del legislador en la medida que evita la modificación de la definición legal de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer con el fin de procrear, para dar paso a una forma diferente de conformación de la familia.
- La defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo a partir de la igualdad puede representar una renuncia de ellas a la posibilidad de alcanzar otros derechos que se pueden lograr desde el reconocimiento de las diferencias.

- El respeto de las diferencias genera en las mayorías mayor responsabilidad en la medida que no se limitan a afirmar que los diferentes deben ser iguales a la generalidad, sino que deben promover espacios para el desarrollo autónomo de sus derechos. Lo anterior se representa con un ejemplo sencillo: Si las minorías quieren entrar al teatro tal como lo hacen las mayorías, son estas quienes finalmente deciden la obra que se va presentar. Mientras que en el derecho a ser diferentes, las mayorías deben facilitar espacios en los que se presenten las obras que las minorías desean ver de acuerdo a sus expectativas, identidad cultural o específicas diferencias.
- Finalmente, no es posible negar que en el contexto colombiano la defensa de las parejas del mismo sexo a partir de la igualdad frente a una institución (el matrimonio) que no otorga más derechos o mejor protección a las parejas del mismo sexo, se constituye en una exigencia de igualdad injustificada o irrazonable.

En síntesis, el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo dentro del derecho comparado se ha cimentado en el principio de igualdad, pero en concepto de los autores de éste artículo, desde una perspectiva política dirigida a promover la democracia a través del fortalecimiento del pluralismo y el consecuente respeto por las minorías, puede resultar más fértil una defensa de los derechos de la parejas del mismo sexo a través del reconocimiento de la diferencia y no a partir del mencionado principio.

En otros términos, desde una perspectiva política pueden ser mayores los beneficios que reporte al sistema democrático una defensa de los derechos de las minorías a partir del reconocimiento de sus diferencias que a partir de la exigencia de las mayorías

de una renuncia del individuo al derecho a ser diferente. Más concretamente, se puede señalar que un sistema democrático será más legítimo cuanto más demuestre su capacidad para generar espacios en los que sea posible expresar las diferencias en lugar de una frágil cohesión social a partir de una adhesión forzada de las minorías a los intereses de las mayorías.

No se pretende desconocer las importantes reivindicaciones subjetivas alcanzadas bajo la bandera de la igualdad. Pero este principio, de corte liberal, establecido como medio de defensa del individuo frente al titular del poder, se cualifica cuando en sociedades heterogéneas o pluralistas se protege la diferencia. Sin duda, esto representa un fortalecimiento de los derechos políticos en la medida que no es suficiente asumirlos como potestades políticas *conferidas por* Estado sino como garantías individuales *frente* al Estado.

Dentro del contexto colombiano, el reconocimiento de la ya mencionada consulta previa de la que trata la directiva 169 de la OIT como derecho fundamental de las minorías, el aumento de mecanismos de participación ciudadana, la participación política considerada como derecho de la persona y no solo del ciudadano, el reciente reconocimiento de la objeción de conciencia como derecho fundamental, son aspectos que sin duda demarcan una mutación en la comprensión de la naturaleza de los derechos políticos hacia la noción de derecho subjetivos fundamentales.

Se estima, en coherencia con postulados básicos de un modelo democrático inspirado por la filosofía del Estado social, que es necesario realizar un giro argumentativo en la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo representado de la siguiente manera: de la igualdad, a una defensa de sus derechos con base en el deber de respeto de la diferencia. Este giro se traduce en la práctica en un aspecto fundamental: el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia a través de un medio diferente al

matrimonio y que reconozca de mejor manera las diferencias entre las parejas del mismo sexo y las parejas de heterosexuales.

En otros términos se trata de promover, en relación a los derechos al matrimonio de las parejas del mismo sexo, no por su defensa a través de la igualdad sino desde el derecho a la diferencia.

## 2 LA TENSION ENTRE LA SOBERANÍA JURÍDICA Y LA SOBERANÍA POLÍTICA

Se señaló que el principio de igualdad se traduce finalmente en la expresión de las mayorías mediante el establecimiento de criterios a los que se deben ajustar las minorías si desean gozar del mismo trato.

Elemento esencial del Estado de derecho es la posibilidad de limitar toda expresión de poder con una norma del ordenamiento.<sup>2</sup> En ese modelo no puede existir alguna expresión de poder exenta del control impuesto por el derecho. Aún la voluntad del pueblo como titular de la soberanía debe estar sometida al derecho, al menos en sociedades que se estiman respetuosas del sistema democrático. La relación es necesaria, recíproca y constante: del pueblo se deriva el poder, del poder del pueblo se deriva el derecho, sin que sea posible afirmar la prevalencia del poder sobre el derecho o de este sobre el poder.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Señala Peña Freire: “En un Estado constitucional de derecho no hay poderes libres ni inmunes a control.” (PEÑA FREIRE, Antonio. *La garantía en el Estado constitucional*, p. 285)

<sup>3</sup> Sobre el equilibrio entre el poder y el derecho señala Martin Kriele: “Se ha discutido acerca de la cuestión si el poder o la autoridad es lo primario; la relación entre potestas y auctoritas y la primacía entre las dos predominaba en la discusión y predomina parcialmente aún hoy. Pero al menos parecía seguro que al poder o a la autoridad – a alguno de los dos – le corresponde la primacía



Excepcionar el mandato jurídico para dar paso a la voluntad del pueblo puede traducir el interés general o el bien común en un fin único del derecho.<sup>4</sup> Así, la discusión acerca de lo que la sociedad estima como conveniente en relación a la unión entre parejas del mismo sexo, debe consultar no solo el interés general sino las limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico<sup>5</sup> a ese interés general, entre ellas, el derecho a ser diferente.

---

frente al derecho en el Estado moderno. Pues si el derecho es concebido no como un orden tradicional divino o natural, sino como un orden positivo, creado, y el poder del Estado puede disponer del derecho, entonces el Estado es la fuente del derecho, y no el derecho la fuente del Estado. También esto es evidente e indiscutible. Tenemos que ver, pues, con una confrontación típicamente dialéctica: el poder proviene del derecho, y: el derecho proviene del poder. Las dos proposiciones, que parecen excluirse, son, sin embargo, ambas verdaderas. Los órganos estatales deciden qué es el derecho, pero ellos deciden gracias a la competencia jurídica. También las normas de organización que deciden sobre la competencia pueden ser modificadas, pero sólo por los órganos competentes y con arreglo al procedimiento previsto.” (KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del Estado*, p. 19-20)

<sup>4</sup> Importante recordar las palabras de Radbruch en su texto Cinco minutos de filosofía del derecho: “El derecho es lo que es útil al pueblo. Es decir: arbitrariedad, rompimiento de los contratos, violación de la ley son, en cuanto sean útiles al pueblo, derecho [...]. No, no se puede decir que todo lo que es útil al pueblo es derecho; más bien a la inversa: solo lo que es derecho aprovecha al pueblo.” (RADBRUCH. Gustav. *Relativismo y derecho*: monografías jurídicas, p. 71-72)

<sup>5</sup> Sobre las relaciones entre la soberanía política y jurídica, señala Sánchez Viamonte: “Para la república democrática no hay ni puede haber más soberanía interna o externa que la popular, de tal manera que, desde el punto de vista político, soberanía es la voluntad de la mayoría. Pero como la República democrática es el Estado de derecho, es decir, sometido al derecho en la totalidad de su existencia y manifestación, la validez de esa expresión de voluntad mayoritaria depende de su conformidad con el ordenamiento jurídico. En esa forma se produce la necesaria subordinación de la soberanía política a la soberanía jurídica, que se confunde con el problema de la vigencia constitucional y de la supremacía de la Constitución. [...] En consecuencia, la soberanía política de carácter popular está subordinada a una soberanía jurídica que tiene ese mismo origen, y que se impone ella misma como condición para manifestarse legítima y válidamente. Esto significa que la soberanía se resuelve siempre en forma de supremacía constitucional en el Estado de derecho, y vale para dar solución a cualquier problema que se suscite en una república democrática y constitucional.” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo, sus problemas, el orden jurídico positivo*: supremacía, defensa y vigencia de la Constitución, p. 58, 61)

Sin duda uno de los baremos para determinar el grado de madurez política y la legitimidad de las instituciones, no es la capacidad de ejercer la fuerza sino la actitud de la sociedad, y de cada uno de sus integrantes, para evitar la misma a través de la persuasión y concertación políticas, teniendo presente que el fortalecimiento de la democracia es directamente proporcional al respeto por la diferencia y los derechos de las minorías.

### 3 LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Se señaló que uno de los principales mecanismos de protección de las minorías es el respeto de sus diferencias por parte de las mayorías. Ello tiene lugar a través de la desobediencia civil, en especial, de la objeción de conciencia representada en el reconocimiento del derecho a ser diferente, expresiones políticas que finalmente deben promover la generación de nuevas normativas que reconozcan los derechos de las parejas del mismo sexo a conformar familia a través de un medio diferente al matrimonio.

Una de las principales tensiones entre el derecho y la política está referida a los límites jurídicos en el ejercicio del poder soberano, esto es, las relaciones entre el deber de obediencia al derecho y la desobediencia civil a través de la objeción de conciencia.

La desobediencia civil se puede entender, en términos de Rawls, como “un acto público, *no violento*, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente *con el propósito de ocasionar un cambio en la ley* o en los programas de gobierno”<sup>6</sup> (subrayas ajenas al texto).

Esta noción de desobediencia civil permite advertir el paso de un problema jurídico referido a las razones que imponen

---

<sup>6</sup> RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, p. 325.

la obediencia al derecho, a un problema político determinado por la potestad o el derecho fundamental del individuo a no obedecer la norma jurídica. Optar por la defensa del orden o por el reconocimiento de esa facultad política es, en últimas, una decisión ideológica que debe estar, en todo caso, intermediada (si se quiere condicionada) por el particular modelo político de Estado social de derecho.

No se quiere desconocer la importancia de la norma jurídica y del imperio del derecho como límite al ejercicio del poder, tampoco sugerir excepciones al cumplimiento de la ley que atenten contra el orden institucional, ni promover una defensa ideologizada de los derechos fundamentales que conduzca a perversiones propias de los excesos – o radicalismos. Pero debe ser claro que el constitucionalismo se debe preocupar, en especial en el complejo contexto colombiano, por promover una idea de derecho atenta a sus relaciones con la política y la moral, en especial, preocupada por motivar mecanismos de protección efectiva de los derechos fundamentales entre los que se puede incorporar el derecho a ser diferente.

Sin duda uno de los mecanismos más importantes para la protección de las libertades políticas individuales dentro del orden institucional es la objeción de conciencia señalada como un corolario de la desobediencia civil. Rawls la define como un derecho a “desobedecer un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa”.<sup>7</sup> En términos similares,

---

<sup>7</sup> RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, p. 335. A su vez, señala el profesor Quiroga Lavié: “Se entiende como derecho a la objeción de conciencia la salvaguarda que tiene todo individuo de no pasar por un estado de su conciencia frente al imperio de la ley o a los requerimientos de la autoridad, sea esta pública o privada, a la hora que se les exija su cumplimiento. Se trata de una nueva confrontación entre el orden público que determina el imperium de la legalidad y la intimidad que alberga en la conciencia de cada individuo, ámbito donde se despliega su identidad como persona”. (QUIROGA, Lavié Humberto. *Derecho a la intimidad y objeción de conciencia*, p. 64)

podríamos caracterizar la objeción de conciencia como el derecho a desobedecer toda norma del ordenamiento jurídico – ley, acto administrativo y hasta el mismo precedente judicial- por razones de íntima y justificada convicción moral o política.

La objeción de conciencia es, no solo la principal expresión de la desobediencia civil, sino, además, derecho fundamental y catalizador del grado de tolerancia hacia la diferencia en un sistema que busca ser democrático. Sólo cuando la sociedad aprenda a escuchar a quien se aparta de la mayoría, a expresar las mejores razones que se puedan imponer a la voluntad individual y a generar los espacios para el desarrollo de las minorías cuando no se logra la persuasión, es posible hablar de condiciones de vida social digna.

En este contexto, la objeción de conciencia, como derecho fundamental, se erige en la principal herramienta política y jurídica para el reconocimiento de las diferencias sociales y posterior protección de los derechos del otro a ser y pensar de diferente modo. En sociedades que buscan la consolidación de su sistema democrático, existe la obligación jurídica de la mayoría de respetar las minorías lo que equivale a sostener el derecho de estas a ser reconocidas como sujetos de obligaciones jurídicas y derechos diferentes a los de las mayorías.

Una noción de derecho dinámica, acorde al Estado constitucional, presta a ayudar a la resolución de algunos problemas sociales y a proteger a la persona, no puede ver en el objeto un infractor a la seguridad jurídica sino un medio para la reflexión crítica del *status quo* promovido por la sociedad. Un teórico del derecho crítico comprometido con la defensa del Estado social y constitucional debe ver en la objeción la oportunidad para dinamizar el ordenamiento antes que una infracción de la seguridad jurídica. Quien osa ser científico del derecho no debe olvidar que

las decisiones de las mayorías no pueden representar la negación de las libertades individuales.<sup>8</sup>

En ese orden de ideas, se podría considerar que en lugar de afirmar la igualdad como fundamento de los derechos de las minorías es necesario imponer a las mayorías la obligación de respeto del derecho a ser diferentes. Esto equivale a sostener, desde una perspectiva política y dentro del marco del Estado social, que más obligación tienen las mayorías de respetar la expresión legítima de las minorías que las minorías de ajustarse a la voluntad de las mayorías.

Lo anterior llevado al tema de los derechos de las parejas del mismo sexo a constituir familia, se traduce en el derecho que tienen de impulsar un medio de conformación de la misma diferente al matrimonio. No obstante, el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo representa dentro del imaginario social más un deseo de ser igual a la mayoría, aunque represente una renuncia a la posibilidad de un mejor medio de conformación de la familia, que una defensa del derecho a ser diferente, eximiendo a las mayorías del deber de respetar esas diferencias.

Es claro que en el contexto del Estado social y constitucional, las relaciones entre las mayorías y las minorías sufren importantes cambios. Mientras que en el Estado liberal los sujetos ceden a favor de las mayorías parte de sus derechos y reconocen la prevalencia del interés general, en el Estado social la legitimidad estará condicionada no por el imperio de la voluntad general sino por el mayor respeto de los derechos de las minorías.

Esa diferencia en cuanto al proceso de legitimación del poder invita a una defensa de los intereses de las minorías a partir del

---

<sup>8</sup> Son claras las palabras de Ferrajoli: “Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 51)

derecho a ser diferentes y no del principio de igualdad por dos razones básicas:

- a) Su forma de reconocimiento: mientras que la igualdad es un derecho cuya aceptación depende finalmente de la capacidad o voluntad de las mayorías para reconocer y acatar los criterios que justifican un tratamiento igualitario, esto es, son ellas las que definen finalmente cuando se reconoce o no el derecho a ser iguales, en relación a las minorías cualquier fin legítimo o coherente con el ordenamiento jurídico, principalmente con el constitucional, sirve de razón para imponer a la mayoría un tratamiento diferenciado.
- b) La carga de la prueba de la diferencia: el reconocimiento del derecho a la igualdad depende finalmente de la capacidad de los diferentes para demostrar las razones por las cuales deben ser tratados de igual manera, y a la valoración y aceptación de esas razones por parte de las mayorías, mientras que la afirmación de la diferencia le impone a la minoría una carga argumentativa menor en cuanto basta afirmar la existencia de un fin constitucional que proteja esa diferencia, el que no depende de la voluntad de las mayorías sino que se le impone a ellas y le exige exponer las razones que demuestren que las minorías deben ser tratadas de igual forma que las mayorías.

Se intenta demostrar esas diferencias con un ejemplo: el hijo le recrimina a su padre: “¿Por qué me tratas de igual manera a como tratas a mi hermano?” El padre le puede responder: “Por que considero que mi otro hijo *es igual* a ti porque...” o puede decir “Por que yo *soy tu padre* y considero que los debo tratar igual” o explicará que así lo imponen *las reglas* de la convivencia en el hogar. El hijo, en todo caso, debe obedecer o sufrir las

consecuencias derivadas del incumplimiento de la norma que impone el tratamiento igualitario creada por su padre. Miremos la misma situación desde la perspectiva política: el padre da una orden a sus dos hijos de rezar antes de ir a la cama. El hijo le responde: “No te obedezco porque soy diferente y no creo en Dios”, el padre está frente a tres posibilidades: imponer su fuerza porque es el titular del poder, respetar la decisión del hijo en la medida que no afecte la convivencia familiar o explicar las razones por las cuales no está en la situación imaginada por su hijo a efectos de persuadirlo de que debe obedecer. En todo caso, excepto cuando se opta por el ejercicio de la fuerza, si el padre desea fortalecer su legitimidad y que sea obedecido a futuro, toda decisión que adopte debe ser argumentada.

Algo similar ocurre con la desobediencia civil: si el sujeto incumple una norma el Estado impone por la fuerza la consecuencia derivada de ese incumplimiento. Pero si el sujeto desobedece porque es diferente y ejerce la objeción de conciencia, al Estado le corresponde, en primer lugar, aplazar el ejercicio de la fuerza y, en segundo, entrar a demostrar o que el objetor es igual o reconocer que realmente es diferente. Se evidencia así el fortalecimiento de los derechos políticos en el Estado social de derecho en la medida que sirven de importante medio de protección de los derechos de las minorías.

Para el caso del matrimonio entre homosexuales, si estos afirman que son iguales a los heterosexuales porque la procreación no es un fin del matrimonio, deben demostrar y persuadir a las mayorías acerca de que el término de comparación (la procreación) no es razonable y no sirve para legitimar un tratamiento diferenciado, argumentos que tendrán poca fuerza o poder dialéctico frente a una sociedad con profundas convicciones morales o religiosas.

Pero frente al derecho a ser diferentes, la carga de la prueba acerca de la razonabilidad de las diferencias no está a cargo de

las minorías sino de las mayorías, en la medida que éstas deben demostrar que quienes se afirman como diferentes realmente no lo son y a las minorías les basta, en principio, afirmar la coherencia de esa diferencia con la Constitución Política.

Cuanto más proteja un sistema democrático a quienes son diferentes mayor será la legitimidad de su poder. El límite de tolerancia, sin duda, es imposible fijarlo en abstracto. Estará dado por la afectación no solo insoportable sino insalvable de los derechos de los demás, no obstante cuanto más se preocupe la mayoría por forjar medidas de conciliación entre sus intereses y los intereses de las minorías, más legítimas serán sus decisiones.

Una sociedad democrática no puede olvidar que

Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia. La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos.<sup>9</sup>

De acuerdo a lo señalado, la discusión en relación al derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y el derecho de los menores a ser adoptados con el fin de tener una familia estable, al amor y a la protección<sup>10</sup> se debe desarrollar no dentro del ámbito

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 54.

<sup>10</sup> Consagra el artículo 44 de la Constitución Política: “Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.



del principio de la igualdad sino dentro del deber político de las mayorías de respetar las diferencias.

La defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo no se debe asumir a partir de una interpretación literal del artículo 113 del Código Civil<sup>11</sup> dirigida a demostrar la existencia de una omisión legislativa en la medida que no incorporó los derechos de los homosexuales a contraer matrimonio, sino a través de acciones positivas del Estado encaminadas a reconocer el derecho a la diferencia de esas parejas mediante la promoción de uniones que posean los mismos – o mejores – derechos y garantías a las existentes en el matrimonio.

#### 4 CONCLUSIÓN

En conclusión, se puede afirmar que:

1. Es necesario *desmatrimonializar* la discusión en torno a la posibilidad de aceptar el derecho de los homosexuales a la unión responsable con el ánimo de constituir familia. Significa lo anterior que es necesario desligar el tema de la unión entre homosexuales de la definición de matrimonio del artículo 113 del Código Civil o de familia en el texto del artículo 42 de la Constitución Política.
2. El tema de la unión entre parejas del mismo sexo no es un asunto sintáctico sino pragmático. Más allá de la definición de matrimonio, las parejas del mismo sexo ya existen y lo que se debe es promover el respeto y protección de la familia por ellas conformada. Si el fin, más allá de

---

<sup>11</sup> Señala el artículo 113 del Código Civil: “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”.

promover un derecho al matrimonio, es la lucha por el reconocimiento de su unión como factor constitutivo de familia, no es necesario pensar en reformas a la definición del matrimonio sino en la promoción de otros medios en favor de la unión de parejas de homosexuales que responsablemente deciden constituir familia.

3. Resulta paradójico que al mismo tiempo que se reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, se niega la posibilidad de su constitución por parejas del mismo sexo a través de formas diferentes al matrimonio bajo consideraciones iusprivatistas del contrato matrimonial (norma de orden público que solo pueden ser modificadas por el legislador), naturalistas (sólo pueden procrear las parejas conformadas por un hombre y una mujer) o teleológicas (el fin del matrimonio es conservar la especie).
4. Se debe determinar si el matrimonio posee condiciones o características especiales que ameriten la extensión de esa institución a las parejas del mismo sexo. En caso de que existan, se debe indagar por la mejor vía de protección de las uniones de parejas del mismo sexo: el principio de igualdad (extendiendo el contrato matrimonial a las parejas del mismo sexo) o el derecho a la diferencia (a través de una forma de configuración de la familia que otorgue básicamente el mismo trato que el matrimonio).
5. Ante la deferencia por el matrimonio que tienen el derecho positivo de los derechos humanos (tratados internacionales) y el ordenamiento nacional, ante la defensa férrea y por demás legítima de la institucional matrimonial, ante las ventajas que tiene la unión marital de hecho sobre el matrimonio en el régimen patrimonial, es necesario abordar los derechos de las parejas del mismo sexo no a partir del

principio de igualdad sino como el deber de las mayorías de reconocer y respetar las diferencias o el derecho de estas parejas a constituir familia mediante un mecanismo que se adapte a sus específicas condiciones humanas.

6. Las diferencias entre el matrimonio y la unión marital de hecho en aspectos como su régimen hereditario, su forma de constitución y el estado civil que de ellos se deriva, y las dificultades de extender la figura matrimonial a las parejas del mismo sexo (no hay similitud de casos y para algunos tampoco de razón en relación a la ausencia de vocación para la procreación), motivan explorar una forma de unión en la que se reconozca los derechos de las parejas del mismo sexo, sus diferencias con las heterosexuales y su indudable vocación a la formación responsable de la familia, esto dentro del marco del derecho a ser diferente.

## BIBLIOGRAFÍA

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Traducción de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta. 2001.

HART, Ely John. *Democracia desconfianza: una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 1997.

KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. Traducción de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

PEÑA FREIRE, Antonio. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta. 1997.

QUIROGA, Lavié Humberto. *Derecho a la intimidad y objeción de conciencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, [s.d.].

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*: monografías jurídicas. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1992.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Traducción de Maria Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica. 1979.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo, sus problemas, el orden jurídico positivo*: supremacía, defensa y vigencia de la Constitución. Buenos Aires: Edit. Bibliográfica Argentina, 1957.

Enviado em 10 de maio de 2010.

Aceito em 13 de junho de 2010.