



Autora: Lina María Muñoz Osorio  
Título: Portón de Leah  
Técnica: Fotografía digital  
Dimensiones: Variables  
Año: 2016

## ***El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011\****

DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a09

\* Artículo de reflexión resultado de la investigación *Análisis de la propuesta de Jürgen Habermas acerca del rol de la religión en la esfera pública. Tres casos de la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia*. Este proyecto se desarrolló por el grupo de investigación Politeia, línea Filosofía del Derecho, de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander –UIS-, fue financiado por la Vicerrectoría de Investigación y Extensión (VIE) de la misma Universidad. El código del proyecto es 1376, inició en diciembre de 2013 y concluyó en junio de 2015.

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Aguirre Román, J. O., Silva Rojas, A. & Pabón Mantilla, A. P. (2016). El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011. *Estudios de Derecho*. 73(161), 181-203. DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a09

Fecha de recepción: 15 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 18 de mayo de 2016

# **El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011**

*Javier Orlando Aguirre Román<sup>1</sup>, Alonso Silva Rojas<sup>2</sup>, Ana Patricia Pabón Mantilla<sup>3</sup>*

## **Resumen**

El artículo aborda la postura que ha adoptado la Corte Constitucional en relación con los argumentos religiosos en procesos de inconstitucionalidad en casos controvertidos. El análisis del problema propuesto tiene como referente teórico la propuesta filosófica de Jürgen Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública. Se reflexiona sobre los argumentos propuestos en el debate constitucional al interior de la Corte Constitucional, en el caso del matrimonio igualitario abordado en la Sentencia C – 577 de 2011. Se analiza la forma en que se incorporan los argumentos del debate con el fin de valorar si son coherentes o no con la perspectiva liberal y el papel de los argumentos religiosos en dicho debate.

**Palabras clave:** estado constitucional, democracia deliberativa, esfera pública, corte constitucional, matrimonio igualitario.

## **The role of religion within the public sphere: analysis from the discussion on the regulation of egalitarian marriage in Colombia in the Sentence C-577 of 2011**

### **Abstract**

The article deals with the position taken by the Constitutional Court regarding religious arguments in unconstitutional processes in controversial cases. The proposed analysis of the problem has as a theoretical reference the philosophical proposal of Jürgen Habermas on the role of religion within the public sphere. It reflects on the argument put forward in the constitutional debate within the Constitutional Court, in the case of egalitarian marriage addressed by Sentence C – 577 of 2011. How the arguments of debate are incorporated in order to assess whether they are consistent with the liberal perspective and the role of religious arguments in this debate, are analyzed as well.

**Keywords:** constitutional State, deliberative democracy, public sphere, constitutional court, egalitarian marriage.

## **O papel da religião no plano público: análise a partir da discussão sobre a regulamentação do casamento igualitário na Colômbia na Sentença C-577 de 2011**

### **Resumo**

O artigo aborda a posição que adotou a Corte Constitucional em relação aos argumentos religiosos em processos de inconstitucionalidade em casos controversos. A análise do problema proposto tem como referente teórico a proposta filosófica de Jürgen Habermas sobre o papel da religião no plano público. Apresenta-se uma reflexão sobre os argumentos propostos no debate constitucional no interior da Corte Constitucional, no caso do casamento igualitário abordado na Sentença C - 577 de 2011. Analisa-se a maneira como são incorporados os argumentos do debate visando estimar se são coherentes ou não com a perspectiva liberal e o papel dos argumentos religiosos nesse debate.

**Palavras-chave:** estado constitucional, democracia deliberativa, plano público, corte constitucional, casamento igualitário.

- 1 Doctor y Magíster en Filosofía, State University of New York. Especialista en Docencia Universitaria, Filósofo y Abogado. Profesor Asociado de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander –UIS–, vinculado al grupo de investigación Politeia, línea Filosofía Política y del Derecho. Correo electrónico: jaguirre@uis.edu.co.
- 2 Doctor en Ciencias Políticas y Magíster en Filosofía de la Universidad Tubinga, Alemania. Especialista en Docencia Universitaria y Filósofo. Profesor Titular de la Universidad Industrial de Santander –UIS–, Director del grupo de investigación Politeia. Correo electrónico: asilva@uis.edu.co.
- 3 Doctora en Derecho, Universidad Libre de Bogotá, Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho. Especialista en Docencia Universitaria, Abogada y Filósofa. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga –UNAB– y de cátedra de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander –UIS–, vinculada al grupo de investigación Politeia, línea Filosofía Política y del Derecho. Correo electrónico: apabon742@unab.edu.co.

# El papel de la religión en la esfera de lo público: análisis a partir de la discusión sobre la regulación del matrimonio igualitario en Colombia en la Sentencia C-577 de 2011

## Introducción

La decisión de iniciar una relación sentimental con otra persona con la finalidad de vivir juntos, auxiliarse y conformar una familia, parecería ser enteramente privada y personal, esto es, una decisión que cae por completo en el ámbito de nuestra autonomía personal. En este sentido, haría parte del ideal moderno de la auto-realización, el cual se refiere a la responsabilidad individual que cada uno asume a la hora de formar su propia identidad (Habermas, 2006, p. 244).

En contraste con las sociedades pre-modernas, en las que el matrimonio era visto como una relación económica, productiva y reproductiva, en donde, en muchas ocasiones, la voluntad de los contrayentes no era tenida en cuenta,<sup>4</sup> en las sociedades contemporáneas, casarse y formar una familia, suele entenderse como un asunto sentimental y privado. Cada persona se concibe a sí misma con la facultad de decidir con quién formar una familia o casarse, cuándo hacerlo, bajo qué circunstancias, para qué, hasta cuándo, etc.

Ahora bien, a la par, las sociedades modernas y contemporáneas han desarrollado toda una serie de reglas que, de cierta manera, contradicen esta visión individualista y libertaria del matrimonio. Este fenómeno ha sido analizado por Habermas bajo el término juridización (*Verrechtlichung*) de las relaciones familiares (1987, pp. 502-527). Al aumentar el Derecho escrito, las relaciones, en este caso las relaciones sentimentales y familiares, se formalizan con el riesgo de sufrir una radical objetivización (*Versachlichung*) que convierte a sus participantes en meros sujetos

---

4 Esto se observa por ejemplo en las normas jurídicas seculares castellanas sobre el matrimonio como la Cédula Real de 12 de julio de 1564 que tuvo aplicación en el territorio de lo que hoy es el Estado colombiano y que constituyó un legado del colonialismo. En dichas normas “el matrimonio se concebía como una negociación entre varones mediante la cual se determinaban los poderes y privilegios de los padres o esposos sobre sus hijos o esposas. Las principales instituciones de esa estructura social eran la dote, los legados, la patria potestad, la potestad marital, la legitimidad de cuna, la sociedad conyugal y las legítimas o cuotas hereditarias obligatorias en la secesiones”. (Jaramillo, 2013, p. 75).

jurídicos, los cuales “adoptan los unos frente a los otros una actitud objetivante, orientada hacia el éxito” (Habermas, 1987, p. 522).

Así, las normas jurídicas que regulan la vida en familia limitan esa supuesta autonomía y libertad que se constituye como un ideal en la modernidad. Ellas estipulan, en el caso del matrimonio, el qué, el cómo, el cuándo y sobre todo, el “con quién”. Por esta razón, establecer una familia, desarrollar una relación sentimental y casarse son eventos que oscilan siempre entre “lo privado” y “lo público”, entre lo que “yo decido” y lo que el “Estado de Derecho” me permite decidir. Todo esto se refleja con claridad en los debates contemporáneos acerca del matrimonio igualitario.

Los defensores del matrimonio entre parejas del mismo sexo suelen usar esta contradicción como defensa de su posición. En efecto, la restricción que algunos Estados modernos aún imponen en relación con el género de los contrayentes (para el caso del matrimonio), se considera como una violación a la libertad, autonomía y dignidad de las personas que tienen una orientación sexual diferente a la mayoritaria. Estos defensores suelen señalar, además, que esta restricción solamente se explica como un rezago religioso de una institución que hoy en día debería ser completamente laica. La religión, para muchos de estos defensores del matrimonio igualitario, no debería influenciar en los asuntos públicos de las sociedades contemporáneas.

Ahora bien, hay que decir que en la época actual esta tensión entre lo “público y lo privado”, en la que inevitablemente se encuentra el matrimonio y la familia, también es propia de la religión. Ante el aparente fracaso de la tesis de la secularización y su idea según la cual la religión, en las sociedades modernas, se privatizaría hasta el punto de su total extinción (Habermas, 2009, pp. 64–80), una gran cantidad de filósofos y pensadores contemporáneos se han preguntado por el rol que esta puede y debe asumir en las sociedades democráticas contemporáneas. Entre estos autores se destaca la perspectiva de Jürgen Habermas, quien desarrolla su más reciente enfoque sobre la religión desde una perspectiva política. Su enfoque se refiere a la forma como la persistencia y la revitalización de la religión, constituye tanto un reto como un recurso potencial para las democracias liberales y para la emergente esfera pública global. Es lo que podemos llamar una filosofía política de la religión.

Es por esto que algunas de las preguntas que le interesan a Habermas (2006, 2009, 2015) son del siguiente tenor: ¿es posible que una ley que se aplica a todos los ciudadanos de una democracia, una política pública o una decisión judicial, sea expresada en un lenguaje religioso o se fundamente en argumentos religiosos? ¿Son aceptables los argumentos y el lenguaje religioso en los debates jurídicos al interior de los procesos judiciales? ¿Es posible y deseable que algunos ciudadanos

que participan en los debates políticos se sirvan de argumentos de corte religioso para favorecer las posiciones políticas que apoyan? En definitiva, ¿es posible ser un ciudadano democrático y, a la vez, ser un ciudadano religioso? Todos estos interrogantes los trata de responder Habermas al formular su propuesta sobre el rol de la religión en la esfera pública.

Habermas (2006) sostiene que, al nivel institucional del congreso, las cortes, los ministerios y las administraciones, todo tiene que ser expresado en un lenguaje igualmente accesible a todos los ciudadanos; en este sentido, todos los ciudadanos deben aceptar que las razones seculares son las únicas que cuentan después del umbral institucional que divide la esfera pública informal de los espacios legislativos, judiciales, ejecutivos y, en general, administrativo-estatales. Esto significa que, a este nivel, ningún argumento religioso sería aceptable para justificar o expresar alguna ley o política aplicable a todos los ciudadanos; hasta acá Habermas no se distancia de la que es la tradicional visión liberal.

La novedad, sin embargo, se refiere a lo que Habermas (2006) llama la “esfera pública informal”. En este ámbito, cree que los ciudadanos religiosos deberían poder expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar ‘traducciones’ seculares para ellas. Pero esto tiene un corolario referido a los ciudadanos seculares: ellos deben tener su mente lo suficientemente abierta para hallar el posible contenido de verdad y validez encapsulado en las contribuciones religiosas. Esto implicaría al menos tres deberes para los ciudadanos seculares: primero, no podrían negar de entrada el potencial de verdad que tienen las concepciones religiosas de mundo. Segundo, no podrían discutir el derecho de los ciudadanos creyentes a realizar contribuciones a los debates públicos así se encuentren envueltas en lenguajes religiosos. Tercero, se espera que ellos participen en los esfuerzos por traducir las contribuciones importantes de un lenguaje religioso a uno públicamente accesible.

Ahora bien, en el caso de los ciudadanos religiosos, Habermas también identifica tres deberes concretos que ellos tendrían que cumplir para ser ciudadanos democráticos. Estos deberes son un reflejo de los tres desafíos que la modernidad le ha planteado a las conciencias religiosas, a saber, el hecho del pluralismo religioso, el avance de las ciencias modernas y el establecimiento del derecho positivo y la moral secular social. Primero, los ciudadanos religiosos deben desarrollar una actitud epistémica dialógica hacia las otras religiones. Segundo, los ciudadanos religiosos deben desarrollar una actitud epistémica que acepte la independencia y la autonomía del conocimiento secular. Y, tercero, los ciudadanos religiosos deben incorporar de una manera razonable el individualismo igualitario del derecho racional y de la moral universalista en el contexto de sus propios dogmas religiosos (2006, p. 145).

En este texto, nos interesa analizar un caso concreto en donde los dos temas mencionados se intersectan: el debate constitucional acerca del matrimonio entre parejas del mismo sexo que se desarrolló en la Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana. En cuestiones divisivas como la regulación del matrimonio entre parejas del mismo sexo, son evidentes las relaciones de tensión entre la religión y la idea de un Estado constitucional, en la medida en que se involucra el proyecto político de la modernidad y los valores democráticos de los ciudadanos.

En este marco de reflexión la pregunta rectora, que orientó la investigación de la cual esta reflexión es producto fue: ¿qué postura ha adoptado la Corte Constitucional de Colombia en relación con los argumentos religiosos a la hora de fundamentar y expresar sus decisiones en algunos casos controvertidos?

La reflexión contenida en este artículo se presenta a partir de la descripción del resultado del análisis de distintas fuentes documentales. La revisión de dichas fuentes permitió configurar un marco teórico que sirvió de referente para diseñar los criterios del análisis del discurso expuesto en los argumentos de la Sentencia C-577 de 2011, que decidió en el proceso de inconstitucionalidad contra las normas que regulan el matrimonio en Colombia. Dicho análisis se hace desde una perspectiva cualitativa, mediante una pauta de análisis documental.

Para dar cuenta de los resultados de la investigación y de la reflexión frente a los mismos, el itinerario es, en primer lugar, la presentación de un análisis de la demanda, las intervenciones y el problema jurídico propuesto desde las consideraciones de la Corte. Nos concentramos en lo que consideramos es el fondo de la cuestión: la definición misma del matrimonio (I). En un segundo momento hacemos una presentación crítica de los argumentos que la Corte desarrolla para resolver el problema planteado (II). Posterior a esto, acudimos a la filosofía de Habermas para proponer una solución de fondo al problema que aunque se le plantea a la Corte, por diversas razones, legítimas o no, ésta se abstiene de decidir. Basamos nuestra argumentación, especialmente, en el carácter post – convencional que el derecho debe tener en las sociedades contemporáneas. Este apartado fundamenta la sección en donde se encuentran las conclusiones de nuestro artículo (III).

## **1. El matrimonio y la familia hetero compuesta como objeto de la demanda**

Con relación a la demanda se debe iniciar estableciendo el contenido normativo que se considera, por la parte demandante, como contrario al ordenamiento constitucional, a saber:

1. El artículo 113 del Código Civil según el cual: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.
2. El artículo 2 de la Ley 294 de 1996, que establece que: “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”.
3. Y, el artículo 2 de la Ley 1361 de 2009, en donde se fija 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”<sup>5</sup>.

Es necesario señalar también que el asunto que constituye el problema que aquí nos convoca es la argumentación en torno a la relación entre argumentos religiosos y seculares en la decisión de la Corte Constitucional sobre el matrimonio en parejas del mismo sexo. El análisis se centra, entonces, en esta cuestión, dejando por fuera la reflexión “netamente jurídica” que sustenta los argumentos de los demandantes y de quienes los apoyan o contradicen.<sup>6</sup>

Con este fin se va a proceder de forma esquemática, esto es, transcribiendo en un cuadro los puntos fundamentales que la Corte rescata tanto de las demandas como de las intervenciones. Estas últimas son de dos tipos: las que apoyan con argumentos a los demandantes, que se ubican al inicio del cuadro y los que rechazan sus argumentos que se pondrán juntos al final del mismo, con el fin de tener una visión de conjunto de los argumentos esgrimidos por quienes intervienen en el debate.

Es importante traer en esta parte de la exposición, la aclaración que hace la segunda demanda (de Marcela Sánchez y otros) sobre por qué se insiste en el derecho al matrimonio por parte de las parejas del mismo sexo. En efecto, para los demandantes no se puede negar que al no poder celebrar el contrato de matrimonio las parejas del mismo sexo sufren un déficit de protección respecto a las parejas heterosexuales, pues “(...) el contrato de matrimonio ofrece a las parejas un núcleo de protección que no es garantizado por ninguna otra figura jurídica de nuestro ordenamiento”. (Sentencia 577/2011, 2.6).

Los efectos negativos que genera esta no permisión, según los argumentos de los demandantes, son mayores y se pueden resumir en la siguiente tabla, teniendo en

5 Esto en concordancia con el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia que afirma: “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”.

6 Por ejemplo, aquellos asuntos que tienen que ver con la aplicación del test estricto de proporcionalidad o acerca de los tipos de decisión que debería tomar la Corte al respecto.

cuenta que la institución jurídica más similar al matrimonio que pueden utilizar las parejas del mismo sexo que deseen constituir una familia, es la unión marital de hecho:

<b>Contrato de matrimonio</b>	<b>Unión marital de hecho</b>
<p>A. En cuanto al vínculo jurídico:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Genera vínculo jurídico</li> <li>- Los compromisos morales como la cohabitación, la fidelidad y el apoyo se elevan a categoría de deberes jurídicos.</li> <li>- No supone libertad absoluta de terminar el vínculo.</li> <li>- El incumplimiento de los deberes jurídicos es causal de divorcio y el culpable puede mantener ciertas obligaciones luego de terminado el vínculo (ejemplo: alimentos al cónyuge afectado o demandante).</li> </ul>	<p>A. En cuanto al vínculo jurídico:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- No genera vínculo jurídico.</li> <li>- No hace que se eleven los compromisos morales a compromisos jurídicos.</li> <li>- Supone absoluta libertad jurídica para dar por terminada la unión.</li> <li>- No persisten obligaciones con el compañero (a) permanente luego de su disolución.</li> </ul>
<p>B. En el ámbito patrimonial:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Con su celebración se constituye la sociedad conyugal que tiene el carácter de sociedad de ganancias a título universal.</li> </ul>	<p>B. En el ámbito patrimonial:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La sociedad patrimonial sólo puede ser declarada judicialmente si ha existido unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años y la acción caduca al año de terminada la misma (Ley 54 de 1990 y Sentencia C-700 de 2013).</li> </ul>
<p>C. En el ámbito del estado civil:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Existe el estado civil casado.</li> <li>- Al escoger el estado civil de casado la persona manifiesta el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la personalidad jurídica entendido como la facultad de escoger libremente el estado civil.</li> </ul>	<p>C. En el ámbito del estado civil:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- No existe el estado civil “compañero permanente”.</li> <li>- No se puede optar por el estado civil deseado.</li> </ul>
<p>D. En otros aspectos puntuales:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se puede acceder a la afectación de vivienda familiar.</li> <li>- Tiene lugar, de forma inmediata y permanente el delito de inasistencia alimentaria, etc.</li> </ul>	<p>D. En otros aspectos puntuales:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se requiere un término de dos años para que los compañeros permanentes puedan acceder a la afectación de vivienda familiar.</li> <li>- Se requiere de un término de dos años de convivencia en este estado para que haya lugar al delito de inasistencia alimentaria.</li> </ul>



Como lo advierte la propia Corte en la sentencia, del matrimonio surge una familia fundada en vínculos jurídicos mientras que la unión marital se funda en vínculos “naturales”, y:

(...) a diferencia de los jurídicos, los vínculos naturales hacen referencia a la decisión libre de conformar una familia que se traduce en la constitución de una unión de carácter extramatrimonial que no tiene fundamento en el consentimiento expresado, sino “en el solo hecho de la convivencia” y en la cual “los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja”. (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011).

Así, la manifestación solemne y ceremoniosa del consentimiento es el rasgo distintivo de las dos formas de vínculo, lo que da origen a la diferencia sobre el régimen de obligaciones en una y otra.

Antes de iniciar la tabulación del material que trae la Corte sobre las posiciones expresadas en las demandas y en las intervenciones, hay que subrayar que el texto que se plasma en la sentencia no es el original de las opiniones de los interesados, sino el resumen y la selección realizada por la Corte de las mismas. Esto supone que pasan por el filtro institucional que extrae de ellas lo más relevante para la discusión del caso en cuestión. Para el asunto que aquí interesa, a saber, los argumentos religiosos en relación con la decisión sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo, se van a tener en cuenta solo aquellas posiciones que indican una perspectiva a favor o en contra de considerar como válidos contenidos religiosos. En muchos de los casos, el tema religioso no aparece de forma directa, sino a través de insinuaciones y señalamientos en torno al rechazo del perfeccionismo y el moralismo en asuntos de relevancia jurídica y las anotaciones en torno al hecho de que existen ya en la sociedad parejas del mismo sexo que conforman familias, frente a las cuales el ordenamiento jurídico debe responder garantizando sus derechos como personas y como ciudadanos. Esto último incluye, como se verá, una permanente referencia al principio liberal del pluralismo que, según los accionantes y los intervinientes que los apoyan, debe ser tenido en cuenta como criterio fundamental de interpretación de las normas legales.

El siguiente cuadro resume la forma como la Corte integra los argumentos en la sentencia, en relación con la pregunta de la investigación:

### Segundo demandante

Con la prohibición de que las parejas de mismo sexo contraigan matrimonio se está imponiendo “(...) un modelo de perfeccionismo o moralismo jurídico de la (hetero) sexualidad (...) [Este modelo] se presenta cuando el ordenamiento jurídico utiliza instrumentos coactivos para imponer a las personas determinados modelos de virtud o de excelencia humana, lo cual contradice el pluralismo garantizado por la Carta (...) [por ello, de acuerdo con el juicio de proporcionalidad] en primer lugar el juez debe determinar si la restricción a los derechos constitucionales obedece a un fin constitucionalmente legítimo (...) [En efecto,] se puede (...) proteger la familia y el matrimonio heterosexual (...) [sin limitar] desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) [y sin vulnerar] derechos fundamentales de las personas homosexuales como la igualdad, la dignidad humana y la personalidad jurídica y (...) [sin desconocer] el pluralismo que reconoce algunas manifestaciones de la diversidad “insuprimibles por la voluntad democrática”.

#### 2. Intervinientes

**2.1 Secretaría Distrital de Integración Social:** “(...) el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo (...) la concepción tradicional de familia como núcleo social, inmersa en las disposiciones normativas objeto de la presente demanda, implica que ésta sea vista como una unidad sellada e inamovible, restándole importancia a las relaciones efectivas que se transforman de manera constante, ante lo cual es necesario que las autoridades del Estado reconozcan la evolución social de la familia, garantizando sus derechos en un escenario pluralista y democrático”.

**2.2 Personería del Municipio de Medellín:** “(...) Constantemente el derecho ha estado evolucionando conforme a los cambios sociales y culturales”.

**2.3 Polo Democrático Alternativo:** “(...) A la luz del mandato constitucional y de la aspiración de cualquier sociedad democrática, el sexo de las personas no puede ser impedimento para realizar una acción civil en desarrollo de la voluntad [matrimonio]. La vigencia de esta limitante solo podría explicarse por el predominio de una concepción patriarcal, machista y heterosexista”.

**2.4 Universidad del Rosario-Grupo de Acciones Públicas:** “(...) El concepto de familia actualmente ha ido evolucionando y no sigue fundamentado (...) en el concepto del matrimonio de la Iglesia Católica, pues si bien, son referentes de nuestra historia, no son el eje de la familia perfecta, concebida en un Estado respetuoso de la libertad y la dignidad de la persona (...) después de la Revolución Francesa y debido a la influencia de los filósofos del siglo XVIII, el matrimonio perdió su carácter sacramental y adquirió un status de contrato civil, pasando a ser regulado por las leyes de la materia (...) Los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros (...) la decisión de casarse es de índole individual y, por tal motivo, no puede ocasionar daños a terceros diferentes al desacuerdo por el plan de vida escogido, basado en concepciones religiosas o costumbres sociales”.

**2.5 Universidad Jorge Tadeo Lozano:** “(...) el constituyente no fue explícito en recoger el tipo específico de familia. Antes bien, consagra la pluralidad social y jurídica como principio orientador en el ejercicio de interpretación, aplicación o producción de normas jurídicas, siempre con el ánimo de responder a la complejidad y heterogeneidad de las sociedades actuales (...) En casos como estos (...) es importante que la jurisprudencia se oriente (...) por los principios *pro persona* y *pro libertatis* (...) De otro modo la interpretación constitucional no estaría en correspondencia con la realidad social, ni con las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad pluralista”.

**2.6 Universidad Autónoma de Colombia y Universidad de Medellín:** “(...) la discusión en relación con el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia no se debe desarrollar dentro del ámbito del principio de igualdad, sino de conformidad con el deber político de las mayorías a respetar las diferencias”.

**2.7. Universidad Nacional de Colombia:** “(...) Las ciencias sociales, desde su surgimiento, se han encargado de “desnaturalizar” el mundo social, revelando los procesos históricos y sociales que están en la base de instituciones, valores, creencias considerados como evidentes e incuestionables. Estos habrían sido dotados de un carácter “natural”, entendiéndose por este calificativo su inmutabilidad y su existencia independientemente de la historia, la sociedad y la cultura (...) La pareja y la familia son instituciones históricamente configuradas, variables cultural y socialmente, que cumplen funciones de cuidado y responden a distintos ideales de vida (...) La sociedad colombiana es dinámica, se transforma y diversifica en un contexto post-tradicional, de separación de la Iglesia y el Estado”.

**2.8 Universidad del Norte:** “En la actualidad la institución jurídica del matrimonio tiene la carga de tener incorporado el “moralismo jurídico”, basado en la concepción de que la homosexualidad es una anomalía, una enfermedad o una aberración”.

**2.9 Universidad del Atlántico:** “(...) la familia colombiana debe ajustarse a los cánones de la modernidad y no a los parámetros culturales del medioevo”.

**2.10 G&M Colombia Abogados:** “El matrimonio es un contrato civil solemne que no puede ser influido por ideas religiosas”.

**2.11 Corporación Prodiversa:** “(...) La sociedad colombiana ha presentado una serie de cambios que, por lo mismo, requiere que su ordenamiento jurídico sea reajustado y mejorado con el fin de tratar las necesidades actuales de la ciudadanía y hacerlo más inclusivo y pluralista hacia las minorías sociales”.

**2.12 Colombia Diversa:** “Las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear” contenidas en el Código Civil expedido en el siglo XIX, de una época y una sociedad remotas, no pueden seguir vigentes, porque niegan la realidad actual y provocan una profunda discriminación. Dichas pues expresiones contradicen el espíritu pluralista y democrático de la Constitución Política de 1991 (...) Las leyes no protegen a seres ideales, sino a quienes hacen parte de una realidad concreta. La diferencia no es un error, sino una condición humana que amerita protección por parte del Estado (...) La discusión acerca del matrimonio entre personas de mismo sexo no es de carácter religioso o moral, sino simplemente legal, lo que se pretende es extender los efectos de un contrato de naturaleza civil a ese grupo de la sociedad, en condiciones de igualdad”.

**2.13 ILGA LAC:** “Las sociedades democráticas son estructuras dinámicas, no se rigen por leyes naturales”.

**2.14 Observatorio de Discriminación Sexual:** “(...) el matrimonio como institución jurídica se halla históricamente sesgado por lo que una parte de la sociedad, en su momento, considera moral y correcto, por oposición a lo inmoral y desviado, en este caso: el matrimonio entre parejas del mismo sexo”.

**2.15 Comunidad de Cali:** “(...) la población LGTB solicita la protección del derecho a la igualdad en el campo del matrimonio civil, sin que ello implique una afectación del sacramento religioso”.

**2.16 Profamilia:** “El matrimonio, además de ser un contrato civil, es un fenómeno social variable que cambia conforme a transformaciones culturales en el tiempo, las cuales terminan reflejadas en las normas y en la evolución que deviene del reconocimiento de los cambios (...) mantener la procreación como requisito esencial de la figura contractual del matrimonio carece de sentido, pues no responde a la realidad (...) resulta obsoleta”.

**2.17 Asociación Lesbiápolis:** “(...) El reconocimiento del matrimonio civil [de los homosexuales] no atenta contra las instituciones religiosas y protege el derecho a la libertad de cultos sin que se generen discriminaciones o distinciones entre los ciudadanos colombianos (...) [y] se protegen los derechos de todos los colombianos, los cuales pueden verse amenazados por el Estado a través de la imposición de un modelo de unión marital”.

**2.18 Comisión Colombiana de Juristas:** “Se puede exhortar al Congreso de la República (...) pero (...) existe poca voluntad política de ese órgano para regular aspectos relacionados con los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo”.

**2.19 Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas:** “(...) existe una realidad social que no puede ser desconocida y es, precisamente, que en Colombia el 11.5% de la población homosexual ha constituido familias con hijos”.

**2.20 Corporación Caribe Afirmativo:** “(...) desde el punto de vista sociológico, el concepto de familia ha ido transformándose de manera integral, así como los derechos que de su conformación surgen (...)”.

**2.21 Ciudadanos que adhirieron a los cargos formulados en la presente demanda:** “(...) Las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear” (...) [art. 113 C.C] niegan la realidad de muchas familias colombianas conformadas de manera diferente (...) contradicen el espíritu pluralista y democrático de la Constitución Política (...) Colombia debe evolucionar hacia una sociedad más tolerante, respetuosa, igualitaria e incluyente (...) la ley no protege a seres ideales sino reales y el homosexualismo es una realidad (...)”.

**2.22 Ciudadanos que se oponen a los cargos formulados en presente demanda:** “(...) las demandas formuladas contravienen lo dispuesto en la Constitución Política en cuanto a la protección de la familia y desconocen las relaciones derivadas de la naturaleza del ser humano, pues pretender que se equiparen las parejas homosexuales a las heterosexuales equivaldría a desconocer una realidad natural y preexistente (...) el matrimonio homosexual es una amenaza a los principios bíblicos establecidos por Dios para el sano desarrollo de la humanidad (...) una sociedad como la nuestra, que cree en la soberanía de Dios sobre el hombre, no puede aprobar el matrimonio homosexual pues se alteraría el orden social de una país que se confiesa cristiano”

**2.23 Asociación Colombiana de Juristas Católicos:** Permitir el matrimonio de parejas del mismo sexo traería como consecuencia: “La presión (...) para descalificar y sancionar la enseñanza de la existencia de una naturaleza humana creada por Dios y cognoscible a través de la razón, por considerarse discriminatoria (...) [con lo cual] la enseñanza ética y moral cristiana pasaría, de forma gradual, a ser considerada culpable de violación de los derechos humanos (...) [y] toda la filosofía clásica y la ética de las principales religiones monoteístas del mundo serían culpables de promover discursos de odio y discriminación”.

### 3. Concepto Procurador General de la Nación

“(...) la familia y el matrimonio no es un asunto que atañe sólo al interés del individuo o de las parejas individualmente consideradas (...) no dependen exclusivamente de los criterios o de las preferencias de las personas”.

Fuente: resumen sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional Colombiana

Como puede observarse, de la lectura de las diferentes intervenciones y conceptos en torno al matrimonio de las parejas del mismo sexo, quienes están a favor de las pretensiones de la demanda fundamentan sus razones en el hecho de que permitirle a las parejas del mismo sexo casarse, en nada perjudica a las parejas heterosexuales que también deseen hacerlo, pero que el prohibirles la posibilidad de formar una familia representaría mantener a los ciudadanos atados a las tradiciones religiosas y morales que están en la base de la reglamentación actual sobre el mismo. Muchos de ellos consideran, de forma implícita o explícita, que es precisamente esta vinculación fundamental del derecho a formar una familia por medio del matrimonio a convicciones morales de raigambre religiosa cristiana, la verdadera causa de que no se considere viable jurídicamente que se extienda a las parejas del mismo sexo. Esto es así, afirman, en la medida en que el órgano legislativo está demasiado atado al respeto por la voluntad de la mayoría de los colombianos que están en estos temas fuertemente ligados a sus raíces cristianas, y que no ven con buenos ojos una ampliación del matrimonio a parejas del mismo sexo.

En este caso, entonces, el referente de principio netamente democrático iría en contravía de una interpretación sistemática que ponga en consideración la ley y la norma constitucional con otros principios y fines consagrados en la Constitución, como el pluralismo, la igualdad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad,

entre otros, que están inmersos en una concepción secularizada más amplia, contraria a los argumentos de corte religioso. En el mismo sentido se orientan las consideraciones que rechazan el mantenimiento de un *status quo* con respecto a las tradiciones y a los valores premodernos y convencionales, que se quieren conservar en la medida en que se niega que las parejas del mismo sexo tengan el derecho a contraer matrimonio, pues en primer lugar, son profundamente discriminadoras por motivos de preferencia sexual y, en segundo lugar, porque se niegan a aceptar la realidad sociológica de que en Colombia ya existen familias conformadas por parejas del mismo sexo y otras, también parejas del mismo sexo, que las van a conformar, con lo que se mantiene una constante histórica de discriminación y exclusión de lo no tradicionalmente aceptado como válido.

De igual forma el argumento “moderno” está ligado a una concepción liberal secularista de la vida en sociedad y del papel del individuo en el marco de la comunidad. Esta posición de trasfondo ideal moderno puede ser comprendida, en términos de Charles Taylor, de la siguiente manera:

(...) cada uno de nosotros tiene una forma original de ser humano. Su forma de expresarlo fue que cada persona tiene su propia «medida» (...) Existe cierta forma de ser humano que constituye mi *propia* forma. Estoy destinado a vivir mi vida de esta forma, y no a imitación de la de ningún otro (...) Si no lo soy [fiel a mí mismo] pierdo de vista la clave de mi vida, y lo que significa ser humano para *mí* (...) No sólo no debería plegar mi vida a las exigencias de la conformidad exterior; ni siquiera puede encontrar fuera de mí el modelo conforme al que vivir. Sólo puedo encontrarlo en mi interior. Ser fiel a uno mismo significa ser fiel a la propia originalidad, y eso es algo que sólo yo puedo enunciar y descubrir. Al enunciarlo, me estoy definiendo a mí mismo. Estoy realizando un potencial que es en verdad el mío propio”. (Taylor, 1994, pp. 64-65).

Por ello se argumenta que quienes se casan lo hacen como expresión de la voluntad y por lo tanto de su individualidad, la cual debe ser respetada por aquellos que profesan concepciones religiosas y se apeguen a las costumbres sociales, en cuanto no ocasionen daños a terceros y no interfieran con los planes de vida escogidos por otros.

Frente a estos argumentos, las consideraciones que están en contra de las pretensiones de los demandantes defienden la forma como tradicionalmente se ha concebido el matrimonio en Colombia y, antes bien, consideran que ampliar su alcance para que puedan recurrir a él también las parejas del mismo sexo, implicaría un grave peligro para la solidez de las bases cristianas que sustentan el núcleo social de la familia. Precisamente, dado el decisivo y clave papel que la institución de la familia tiene para la reproducción moral de la sociedad, aceptar el matrimonio de las parejas del mismo sexo, implicaría la remoción del núcleo que da vida a la

sana existencia en sociedad, a saber, un fundamento trascendental, natural y divino del matrimonio. En este sentido, se puede hablar de una argumentación fundada en la idea de que el individuo no es libre de hacer lo que quiere, sino que su vida y su acción deben estar inmersas en una totalidad mayor que no puede eludir su compromiso y respeto por lo trascendental. Esta posición la expone Charles Taylor de la siguiente manera:

(...) la lección general es que la autenticidad no pueda defenderse con formas que hagan desplomarse los horizontes de significación (...) *independientemente de mi voluntad*, existe algo noble, valeroso y por tanto significativo en la configuración de mi propia vida (...) Los horizontes constituyen algo dado (...) Y qué cuestiones son las significativas no es cosa que yo determine. Si fuera yo quien decidiera, ninguna cuestión sería significativa (...) Sólo puedo definir mi identidad contra el trasfondo de aquellas cosas que tienen importancia. Pero poner entre paréntesis a la historia, la naturaleza, la sociedad, las exigencias de la solidaridad, todo salvo lo que encuentro en mí, significaría eliminar a todos los candidatos que pugnan por lo que tiene importancia. Sólo si existo en un mundo en el que la historia, o las exigencias de la naturaleza, o las necesidades de mi prójimo humano, o los deberes del ciudadano, o la llamada de Dios, o alguna otra cosa de este tenor *tiene una importancia* que es crucial, puedo yo definir una identidad para mí mismo que no sea trivial. La autenticidad no es enemiga de las exigencias que emanan de más allá del yo; presupone esas exigencias. (Taylor, 1994, pp. 74-76).

En este sentido, el argumento que con más fuerza sintetiza el pensamiento religioso y cristiano sobre el matrimonio y que es realizado por la Corte en su relevancia para el debate es el del Procurador, pues al establecer que la familia y el matrimonio "(...) no es un asunto que atañe sólo al interés del individuo o de las parejas individualmente consideradas, sino a toda la sociedad en su conjunto, en tanto que se trata de su núcleo e institución básica, e igualmente, porque no dependen exclusivamente de los criterios o de las preferencias de las personas" (Sentencia C-577 de 2011), lo que se está es señalando que la libertad tiene un fundamento que trasciende el "yo" individual y hace que la vida en comunidad tenga sentido. Ese compromiso y esa responsabilidad no deben entonces ponerse en juego, según esta posición, abriendo la compuerta más significativa de la sociedad, esto es la familia y el matrimonio heterosexual como su forma natural de constitución, a la vorágine de la pluralidad sexual de una época en la que peligran los valores sagrados de la convivencia humana.

Hasta este punto se han identificado objetivamente las diversas posturas sobre la noción de matrimonio a partir del análisis de las normas acusadas en la demanda y de las intervenciones y conceptos que se presentaron en el debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada. En lo que sigue se presentará una lectura crítica de los argumentos que la Corte desarrolla para resolver el problema planteado.

## **2. Los argumentos de la Corte Constitucional colombiana frente al problema propuesto**

La Corte Constitucional debía resolver en el proceso de constitucionalidad si la expresión “un hombre y una mujer”, del artículo 113 del Código Civil que señala como requisito del matrimonio la heterosexualidad de los contrayentes es contrario a la Constitución y violatorio de los derechos de las parejas del mismo sexo, en tanto excluye la posibilidad de que puedan unirse en familia a través del vínculo matrimonial. De igual forma, la Corte debía evaluar si la legislación que establece que la familia se origina en la unión de un hombre y una mujer, desconoce los preceptos constitucionales. Para abordar los cargos, la Corte analiza la relación entre la existencia de parejas homosexuales y la familia, teniendo como premisas la existencia de una diversidad de vínculos familiares, y establece la diferencia entre familia y matrimonio.

Frente al primer supuesto la Corte considera que en Colombia existe una pluralidad de familias, de tal forma que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios”. (Sentencia C-577 de 2011).

La Corte considera que en Colombia se ha reconocido la realidad social y material frente a la conformación de la familia, razón por la cual es pertinente hacer una interpretación en sentido amplio del concepto de familia, entendida como:

Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”. (Sentencia C-577 de 2011).

Desde esta perspectiva es claro para la Corte que las familias homoparentales sí constituyen familia.

Una vez dilucidado este primer elemento, la Corte pasa a analizar la diferencia entre familia y matrimonio, con el fin de aclarar que el matrimonio es apenas una de las formas en que se da inicio a la familia, pero no la única forma en que se constituye, dada la pluralidad de familias que existen en la realidad. A partir de este supuesto la Corte considera pertinente evaluar si pese a que

(...) la unión matrimonial heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista



para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio. (C-577 de 2011).

La Corte da respuesta a este interrogante al señalar que si bien es cierto las familias homosexuales se reconocen como tal, del mandado constitucional se desprende que:

(...) el matrimonio es la forma de constituir la familia heterosexual, cuando la pareja, integrada por hombre y mujer, manifiesta su consentimiento y lo celebra, mientras que la voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la unión marital de hecho o la compuesta por una pareja de homosexuales. (Sentencia C-577 de 2011).

Para la Corte, de lo anterior se sigue que, pese a que el Constituyente de 1991 quiso proteger diversas formas de familia, y en realidad existe una variedad de ellas que merecen protección constitucional, hizo un reconocimiento especial a las familias heterosexuales que quisieran dar inicio a su la vida mediante el vínculo del matrimonio. Para la Corte:

El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferirle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que solo cabe apuntar que en este caso “la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución. (Sentencia C-577 de 2011).

Este hecho puede entenderse, según la Corte, como la lectura que hizo el constituyente del 91 de la concepción predominante de la época frente al matrimonio heterosexual como forma de constituir una familia; una época en la que no se había dado inicio a los movimientos sociales en busca del reconocimiento de los derechos de los homosexuales.

Para la Corte la “protección a la familia heterosexual y al matrimonio de las parejas de distinto sexo es un dato constitucional insoslayable con el que tiene que contar el juez constitucional al momento de resolver asuntos como los planteados en las demandas que ahora se deciden”. (Sentencia C-577 de 2011). Con esta premisa de base la Corte aborda el análisis constitucional de la forma en que debe darse lugar a la conformación solemne de familias integradas por parejas del mismo sexo, dado que desde su perspectiva, el matrimonio, como unión solemne, está limitado para parejas heterosexuales.

La Corte encuentra que, desde la revisión del ordenamiento constitucional, la alternativa de la unión marital de hecho para las parejas del mismo sexo resulta insuficiente en la medida en que la protección jurídica que se deriva de dicha forma de constitución familiar, no les permite asumir un mayor compromiso como el que surge del matrimonio. Por lo que procede la Corte a revisar si de lo dispuesto en el artículo 42 superior que contempla el matrimonio para las parejas heterosexuales, se sigue “la proscripción de toda institución mediante la cual las parejas del mismo sexo pudieran concretar su intención de unirse mediante un vínculo jurídico formal que solemnice su relación y le otorgue un mayor grado de solidez que el inherente a la simple unión de hecho”. (Sentencia C-577 de 2011).

Para la Corte, el hecho de que el matrimonio en el ordenamiento constitucional colombiano esté previsto de manera expresa para las parejas heterosexuales y que la única alternativa para la constitución de las familias producto de uniones homosexuales sea la unión marital de hecho, resulta insuficiente en la medida en que estas familias quedan por fuera del marco de protección previsto para el vínculo jurídico del matrimonio, el cual supone un compromiso mayor al que se adquiere con el vínculo natural de las uniones maritales de hecho. El artículo 42 de la Carta es leído por la Corte como el

reconocimiento jurídico a una realidad tradicionalmente aceptada como la forma que la mayoría heterosexual tiene a su alcance para formalizar el vínculo constitutivo de una familia especialmente protegida, no solo por razones ligadas a una larga tradición, sino ante todo, porque garantiza el cambio de las generaciones y la prolongación de la comunidad constitutiva del elemento humano del Estado, en la medida en que la libre expresión del consentimiento otorgado por los contrayentes es indicativa de la juridicidad de una relación que, por lo general, va a ser escenario favorable para el levantamiento y socialización de los descendientes. (Sentencia C-577 de 2011).

Con base en lo anterior la Corte procede a indagar si el hecho de que la Carta Constitucional prevea en su artículo 42 el matrimonio para heterosexuales, tiene como consecuencia la proscripción de una institución a través de la cual las parejas del mismo sexo realicen sus uniones mediante un vínculo jurídico formal que permita solemnizar sus uniones con un régimen de obligaciones mayor al de la unión marital de hecho.

La Corte valora que las parejas homosexuales amparadas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad tengan derecho a escoger libremente el tipo de vínculo para dar origen a la familia, sin embargo, actualmente no pueden optar por un vínculo jurídico ante la ausencia de contrato que de forma solemne les permita iniciar una familia, razón por la cual se encuentran frente a un déficit de

protección. Esta consideración, aclara la Corte, no pone en riesgo el matrimonio, ni desconoce o elimina la protección constitucionalmente ordenada al matrimonio heterosexual, lo que hace es reconocer:

El imperativo superior de ampliar la cobertura protectora mediante el establecimiento de una institución contractual que responda a las necesidades de protección de las parejas del mismo sexo, a las que les falta un mecanismo que torne factible el reconocimiento formal y solemne de su unión y que contribuya a asignarle deberes y derechos recíprocos a los miembros de la pareja, así como a velar por su efectivo cumplimiento. (Sentencia C-577 de 2011).

El hecho de que la constitución consagrara el matrimonio heterosexual, no tiene como consecuencia la prohibición de incluir una institución que permita la constitución de la familia compuesta por la pareja homosexual mediante un vínculo jurídico.

Finalmente, se interroga acerca de ¿qué solución debe darse al problema jurídico planteado? Para responder a esta pregunta, la Corte recuerda que desde las Sentencia C-075 de 2007 y C-098 de 1996, se analizaron las “diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales” lo que permitió sostener que, no hay “un imperativo constitucional de dar tratamiento igual a unas y otras”, por lo que le corresponde al legislador “definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento”. (Sentencia C-577 de 2011).

De igual forma la Corte señala cómo en la Sentencia C-029 de 2009 se hizo énfasis en que dadas las “diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras”, por lo cual, “es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria”. (Sentencia C-577 de 2011).

De lo anterior se sigue que le corresponde al legislador escoger la forma en que se formalizarán las uniones de parejas del mismo sexo. Para la Corte la existencia de parejas del mismo sexo es más visible y aceptada socialmente y sus reivindicaciones deben ser llevadas no solo ante el Tribunal Constitucional sino, preferiblemente, ante el Congreso de la República:

(...) en cuyo seno, según la dinámica de la política, las minorías pueden aliarse a la representación de otros partidos y movimientos para configurar, permanentemente o en

relación con un tema, una coalición mayoritaria capaz de sacar adelante proyectos en los que tenga interés un grupo o sector, así sea minoritario. (Sentencia C-577 de 2011).

Con base en lo anterior la Corte resolvió exhortar al Congreso de la República a legislar de manera sistemática sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, esto con el fin de eliminar el déficit de protección del que son víctimas e indicó en el fallo que si para el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no había expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. (Sentencia C-577 de 2011).

### **3. Conclusiones: el análisis de los argumentos de la Corte a la luz de la filosofía de J. Habermas**

El Derecho, como fenómeno moderno, pos-convencional y pos-metafísico, no puede recurrir ya a la autoridad de las cosmovisiones religiosas para fundamentar sus pretensiones de legitimidad y eficacia. Es más, en el contexto de las sociedades modernas occidentales, el derecho se convierte en un mecanismo clave para garantizar la integración social y sistémica, justamente ante el debilitamiento de las cosmovisiones religiosas propias de la modernidad.

Pero para alcanzar esto, los sistemas legales modernos no pueden acudir a fuentes de legitimación metasociales y trascendentes, tales como principios o mandatos divinos y absolutos. Como lo señala Zurn (2011), para Habermas, “(...) social actors demand that law effect a normatively correct structuring of social interactions that is rationally justifiable to those who are subject to its imperatives” (p. 160).

En este sentido, los sistemas legales modernos deben generar normas que sean tanto efectivas como legítimas para poder cumplir sus funciones de “correa de transmisión” capaces de transformar el poder comunicativo, originado en el mundo de la vida, en un lenguaje legal que pueda influenciar los ámbitos administrativo y económico de la sociedad. Solo de esta forma el Derecho hace posibles las condiciones para domesticar constitucionalmente la circulación del poder en las sociedades complejas contemporáneas. En palabras del propio Habermas (1998):

El lenguaje del Derecho da a comunicaciones provenientes de la esfera de la opinión pública y de la esfera de la vida privada, es decir, a comunicaciones provenientes del mundo de la vida, una forma en la que esos mensajes pueden ser también entendidos y asumidos por los códigos especiales de los sistemas de acción autorregulados, y a la inversa. Sin este transformador el lenguaje ordinario no podría circular a lo largo y ancho de toda la sociedad. (p. 434).

Pero esto requiere que el Derecho moderno complemente sus demandas de obediencia a través de sanciones coercitivas con el cumplimiento de la expectativa de que esas mismas normas jurídicas, son promulgadas para ser obedecidas por sujetos libres, autónomos e iguales. Como lo indica Zurn (2011): “(...) law is both coercive and freedom – guaranteeing: a social fact that is nevertheless responsive to normative idealizations” (p. 162). En palabras del propio Habermas (2006):

El procedimiento democrático debe su fuerza generativa de legitimación a dos componentes: por un lado, a la participación política igualitaria de los ciudadanos, que garantiza que los destinatarios de las leyes puedan también entenderse a sí mismos al mismo tiempo como los autores de esas leyes; y, por otro lado, a la dimensión epistémica de las formas de discusión y de acuerdo dirigidas deliberativamente, que justifican la presunción de resultados racionalmente aceptables (Habermas 2006: 128)<sup>7</sup>.

Este elemento de la teoría de la democracia de Habermas (1998) tiene una consecuencia fundamental: el derecho moderno no se entiende como subordinado a la moral. El discurso jurídico y el discurso moral se entienden como equiprimordiales ya que ambos son especificaciones de un principio mucho mayor y abstracto, a saber, el principio del discurso (D)<sup>8</sup>.

Sin duda, hay ciertos preceptos morales abstractos y universales que el derecho no puede contradecir. Por ejemplo, el derecho no puede tratar de forma discriminatoria e injusta a ciertos ciudadanos, como a las mujeres. Pero esto se debe a una consecuencia práctica del principio de discurso mismo que el derecho, por decirlo así, está obligado a respetar. Pero existen una gran cantidad de asuntos que solo pueden ser decididos a través de los procedimientos democráticos legalmente constituidos. Zurn (2011) pone como ejemplo una ley que le prohíba a las mujeres embarazadas trabajar en fábricas en donde puedan estar expuestas a químicos que afecten al feto, en Colombia podemos pensar en la legislación que prohíbe el trabajo infantil y regula la edad en que es posible que los adolescentes trabajen con permiso de los padres o de la autoridad competente.

Hay una gran cantidad de cuestiones que deben ser resueltas por los medios democráticos, ya que no hay nada más. Si el derecho estuviera sometido a la moral habría una gran cantidad de asuntos por fuera del control democrático. La tradición del derecho natural “liberal” cometió este error. Por esto los derechos individuales

7 Este es el sentido del principio democrático según el cual las leyes pueden pretender validez legítima solo si pueden encontrar el acuerdo potencial de todos los ciudadanos en un proceso discursivo de producción legislativa constituido legalmente (Habermas, 1998).

8 Una formulación del principio del discurso (D) es: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (Habermas, 1998, p. 172).

no pueden ser entendidos como imperativos morales pre políticos. Los sujetos de derecho moderno deben determinar ellos mismos, a través de los procesos deliberativos democráticos, los contenidos legales de los derechos individuales fundamentales. Y, como corolario, se necesita que el respeto a ciertos principios sea radical y “total”, como la igualdad y los dos componentes de legitimidad: la deliberación tiene efectos cognitivos y los ciudadanos son sujetos y autores de las leyes.

Es por esto que argumentar que el derecho colombiano debe consagrar el matrimonio como una institución exclusiva para las parejas heterosexuales, desde un punto de vista moral y religioso, es una cuestión compleja. Y sin lugar a dudas, no es coherente con una visión pluralista, democrática y pos-convencional del derecho.

Es fundamental entonces que los sistemas legales modernos conciban a los ciudadanos en su doble rol, tanto de destinatarios de las leyes como autores de las mismas. Como lo señala Zurn (2011):

Because the rule of law requires the political use of the coercive power of the state, and because we can no longer rely upon ‘metasocial’ guarantees for the rightness of legal programmes, the only way to ensure that all affected by the exercise of political power have an equal opportunity to participate in the collective determination of the nature and direction of that political power is through the procedures of deliberative democratic self – determination. (p. 165).

En todo caso, en la teoría de Habermas (1998) parece ser que no hay otro camino diferente a dejar que sea el debate democrático el que decida estos asuntos. Los tribunales constitucionales a lo sumo se constituyen en guardianes de los procedimientos deliberativos. En este sentido, entonces, la Corte Constitucional de Colombia cumplió con su función: promovió una deliberación amplia y abierta al exhortar al Congreso y de paso a la sociedad colombiana a discutir políticamente sobre el tema.

Pero, en la medida en que la igualdad y la autonomía son presupuestos del mismo principio del Discurso, la pregunta que queda es la siguiente ¿existe alguna razón no basada en principios metafísicos o metasociales (religiosos o perfeccionistas) que pueda justificar la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio? Ante la respuesta negativa a este interrogante, la Corte sí pudo decidir de otra forma. Y este justamente fue el análisis que la sentencia no se atrevió a realizar, al menos no hasta las últimas consecuencias. El problema jurídico estaba referido al “matrimonio”, tema que la Corte realmente no quiso analizar de fondo o por lo menos no de forma suficiente. El matrimonio, como contrato, es un derecho post convencional, que debe estar desprovisto de la autoridad de las cosmovisiones religiosas para fundamentar

sus pretensiones de legitimidad y eficacia. En una democracia deliberativa todas las formas de vida de sus asociados que no interfieran con los derechos de los demás deben ser protegidas. Por ende, el matrimonio para las parejas del mismo sexo también debe ser asegurado como derecho. La garantía del derecho a casarse para las familias homoparentales no implica ningún desbalance ni desprotección para las familias heterosexuales, por tanto, un contrato matrimonial para las primeras debe, sin lugar a dudas, asegurarse.

## Referencias

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 (2007).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098 (1996).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 (2011).
- Charles, T. (1994). *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*, Vol. II. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2006). *Entre naturalismo y religión*. Madrid: Paidós.
- Habermas, J. (2009). ¡Ay, Europa! Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2015). *Mundo de la vida, política y religión*. Madrid: Trotta.
- Jaramillo, I. (2013). *Derecho y familia en Colombia. Historia de raza, género y propiedad (1540-1980)*. Bogotá: Universidad de los Andes
- Zurn, C (2011). Jürgen Habermas: Key Concepts. Barbara Fultner (ed.), "Discourse Theory of Law". Acumen Press.