

EDITORIAL

UNA REFLEXIÓN EN TORNO A LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO Y EL BIEN COMÚN

REFLECTIONS ON THE INSTITUTION OF MARRIAGE AND THE COMMON GOOD

UMA REFLEXÃO SOBRE A INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO E DO BEM COMUM

DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.1

En tiempos recientes, se han presentado no pocas discusiones acerca de la posibilidad de redefinir la institución del matrimonio con el fin de ampliarla a otras relaciones distintas a las conformadas por un hombre y una mujer. Por este motivo, considero pertinente realizar una breve reflexión sobre algunos aspectos en los que se refleja la relación existente entre el matrimonio y el bien común de las sociedades.

Desde el punto de vista histórico, la unión entre “un hombre y una mujer”, considerada como el hecho que da inicio a la institución familiar, ha sido proclamada por grandes religiones de nuestro tiempo, como el judaísmo, el cristianismo y el islam. De la misma forma, esta concepción de la familia fue compartida por la Grecia Antigua, por los pensadores romanos y por varios filósofos de la Ilustración como Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Friedrich Hegel y John Stuart Mill, entre otros. Igualmente, fue ratificada tanto por el *Common Law* (que rige en los países anglosajones) como por el Derecho Civil o Continental (que rige en los países que siguieron las directrices del Derecho Romano y del Código Civil Napoleónico).¹

Es interesante advertir que, aunque en la Grecia y en la Roma antiguas se apreciaba la homosexualidad sin ningún tipo de



¹ Ryan T. Anderson, “Marriage: What it is, why it matters, and the consequences of redefining it”, *Backgrounders*, 2775 (2013).

prevención, nunca fue reconocida por estas sociedades, ni cultural ni legalmente, como un tipo de relación fundante de vínculos familiares.² Por el contrario, para el Derecho Romano la diferenciación entre los sexos tuvo gran importancia. Ello se observa, por ejemplo, en el régimen de transmisión del patrimonio. Fue tan significativa la distinción entre varón y mujer para el Derecho Romano, que en la casuística, cuando se presentaba la cuestión de un hermafrodita, no se le consideraba como un tercer género adicional al masculino y al femenino, sino que se decretaba que pertenecería al sexo que en él fuera predominante, ya que de esto dependía su interacción con la vida pública del Imperio. En el *Digesto* puede leerse: “¿qué sexo atribuimos al hermafrodita? Y pienso que ha de ser estimado el sexo que en él parezca prevalecer”.³

De esta forma, los romanos situaban el origen de la sociedad en la unión del varón y la mujer. Es este el motivo por el cual dieron a dicha unión un carácter jurídico e institucional. El historiador Yan Thomas señala que, para los juristas del Imperio,

[...] el encuentro de los sexos dominaba todo el encadenamiento institucional; en ese encuentro el derecho civil se unía al derecho natural, puesto que, tal como lo declaran en el tercer siglo los *Instituta* de Ulpiano, que los *Instituta* de Justiniano recogen en los mismos términos, de la existencia de las especies vivas derivaba “la unión del macho y la hembra que nosotros, los juristas, llamamos matrimonio”.⁴

Era tal la consideración que el Derecho Romano le otorgó a la institución familiar, que no fue necesario el componente religioso para que se considerara una relación perdurable en el tiempo. Su celebración no tenía ninguna solemnidad, se trataba de un acto eminentemente privado, es decir, no intervenían las autoridades públicas. Lo único que se requería era el consentimiento de los contrayentes.

Desde el punto de vista antropológico, la familia fundada en la unión entre un hombre y una mujer, contribuye y potencia el orden propio del bien común en las sociedades. En este contexto, la dimensión sexual del ser humano le permite, como a todos los seres vivos, la procreación, pero a diferencia de ellos, los seres humanos se convierten en padres y madres, esposos y esposas, hijos e hijas, adquiriendo su propia identidad por medio de los diferentes roles familiares.⁵ El bienestar de los niños también ayuda a explicar por qué la unión entre un hombre y una mujer es importante para el bien común.⁶ Por ello, que la procreación es un aspecto de gran importancia, que garantiza la perpetuación y la supervivencia de las sociedades humanas. La estructura social y natural del matrimonio, la familia, la paternidad,

2 Sherif Girgis, Ryan T. Anderson, Robert. P. George, *What is marriage? Man and Woman: A Defense*, New York, Encounter books, 2012.

3 *Digesto*, 1, 5, 10. El *Digesto* de Justiniano, t. I, Pamplona, Aranzadi, trad. A. d’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, 1972.

4 Yan Thomas, “La división de los sexos en el Derecho Romano”, en G. Duby y M. Perrot (dirs.), *Historia de las mujeres en Occidente*, t. I, Madrid, Taurus, 1991.

5 Francesco D’Agostino, *Bioetica e Biopolítica: ventuno voci fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 157.

6 Sherif Girgis, Ryan T. Anderson, Robert. P. George, “What is marriage”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1).

la maternidad y la filiación contribuyen de manera esencial a la sociedad y por este motivo ha merecido el reconocimiento y la protección por parte del Derecho.

Por lo tanto, la ley reconoce el matrimonio, entre un hombre y una mujer, porque son instituciones que benefician a la sociedad como ningún otro tipo de relación lo hace. El matrimonio es el medio menos restrictivo que tiene la sociedad para asegurar el bienestar de los niños. El reconocimiento del Estado al matrimonio y a la unión marital de hecho protege a los niños, respaldando y animando a hombres y mujeres a comprometerse el uno al otro y a asumir responsabilidades frente a sus hijos.⁷

Siguiendo esta línea de pensamiento, la unión entre un hombre y una mujer como origen de la familia, ha sido reconocida por numerosas legislaciones nacionales e internacionales. Resulta relevante mencionar algunas de ellas: el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la siguiente manera:

1. En el artículo 42 de la Constitución, se consagra 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”.
2. De la misma manera, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16, numeral 1, dispone: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. De la misma forma, en su numeral 3 se declara que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.⁸
3. De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra en su artículo 23, numeral 1, que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Igualmente, en su numeral 2, dispone que se “reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.⁹

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que los legisladores hayan estipulado que la familia es el elemento “natural y fundamental de la sociedad”, la cual tiene su origen en la unión entre “un hombre y una mujer”, tiene una explicación que proviene

7 Ryan T. Anderson, “Marriage: What it is, why it matters, and the consequences of redefining it”, *Background*, 2775 (2013).

8 Declaración Universal de Derechos Humanos, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> Fecha de consulta: 9 de agosto de 2014.

9 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> Fecha de consulta: 9 de agosto de 2014.

de la esencia de la persona humana, la cual, de ninguna manera, desconoce los derechos fundamentales de las personas que profesan una orientación sexual distinta de la heterosexual.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional colombiana ha manifestado que las uniones entre dos personas del mismo sexo no pueden celebrarse como matrimonio civil, en virtud del artículo 113 del Código Civil, en el cual se señala que 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”. La Corte declaró la exequibilidad de este artículo mediante sentencia C-577 de 2011.

En la mencionada sentencia, se advierte de manera expresa que no es posible extender los efectos del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo. En este sentido, la Corte expuso que:

[...] la expresa 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 y, por tanto, requiriendo la familia homosexual de la protección que la Constitución brinda a todas las clases de familias, procede preguntar cómo se concreta ese mandato superior de protección en el caso de las parejas homosexuales estables y, en primer lugar, cómo se puede dar lugar a la conformación solemne y formal de la familia integrada por parejas homosexuales, dado que, constitucionalmente, el matrimonio está previsto para las parejas heterosexuales.¹⁰

Seguidamente, la Corte plantea que, ante la ausencia de una ley que proteja las uniones de personas del mismo sexo, la analogía podría presentarse como una solución. Sin embargo, es la misma Corte la cual descarta esa posibilidad al afirmar que,

[...] con acierto se ha escrito que cuando jurisprudencia como la de la Corte Constitucional ha señalado que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, no hay un imperativo constitucional de darles tratamiento igual, ya que, a causa “de la no semejanza de supuestos”, es improcedente la analogía total y, por consiguiente, al juez constitucional le corresponde actuar de manera singular, examinar aspectos concretos, ya patrimoniales o personales, siempre que para cada supuesto haya figuras afines en el ordenamiento.¹¹

Como consecuencia de lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011, la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República a que, antes del 30 de junio de 2013, legislara sobre “los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección”. De no hacerlo así, “las

10 La sentencia C-577 de 2011 puede consultarse en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>

11 *Idem*.

parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual".¹²

Como se desprende de las ideas expuestas y a manera de conclusión, puede afirmarse que el matrimonio es una institución social cuyos orígenes están enclavados en una realidad antropológica que consiste en la complementariedad entre varón y mujer, en una realidad biológica que conlleva la reproducción, y en una realidad social reflejada en la necesidad que tienen los niños de un padre y una madre.

Sin dejar de respetar la libertad de todos, la ley no crea sino que reconoce, protege y promueve el matrimonio como la institución ideal para la crianza de los hijos. Los adultos tienen la libertad de tomar decisiones acerca de sus relaciones, sin necesidad de intentar redefinir la institución del matrimonio.

Si la complementariedad sexual se elimina, como una característica esencial de la unión marital, entonces podría entenderse que el matrimonio civil no se limita exclusivamente a parejas monógamas. En otras palabras, si se considerara como una discriminación injusta que la ley no reconociese nuevas formas de entender el matrimonio, se estaría abriendo la puerta, no solo a las uniones entre personas del mismo sexo, sino también a la poligamia, la poliandria, al poliamor, a relaciones incestuosas, entre otras.

La preocupación por el bien común requiere la protección y el fortalecimiento de la institución del matrimonio mediante la promoción de sus fundamentos reales.

MARTHA MIRANDA-NOVOA
Editora
martha.miranda@unisabana.edu.co

¹² *Idem.*