

La Trieja: Presupuestos filosóficos y fundamentos constitucionales en Colombia y España

Daniel Felipe Tolosa Russi

Máster en Investigación Jurídica



MÁSTERES
DE LA UAM
2019 – 2020

Facultad de Derecho



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

Máster en Investigación Jurídica

Trabajo Fin de Máster

LA TRIEJA

Presupuestos filosóficos y fundamentos constitucionales en Colombia y España

Estudiante: Daniel Felipe Tolosa Russi

Tutora: Prof. Pilar Benavente Moreda

Madrid, julio de 2020

Edición 2018/19

Tabla de contenido

PREFACIO	4
PRIMERA PARTE	6
<i>Autonomía y Libertad como fundamentos de la Trieja</i>	6
I. Introducción	6
II. La autonomía de la voluntad	8
1. Autonomía Individual:	9
2. Perspectiva relacional	13
III. El ámbito de la libertad	21
1. El concepto	21
2. El ejercicio de la libertad	26
2.1. Restricciones a la libertad	28
2.2. Justificación de la restricción.....	31
SEGUNDA PARTE	36
<i>Análisis Constitucional de la familia y su posible adaptación a la Trieja</i>	36
I. Introducción	36
II. Contexto Colombiano	38
1. El concepto de familia	39
2. Fundamentos constitucionales de la formación de la familia	41
3. La libertad como fundamento de formación de la trieja	51
III. Contexto español	60
1. El concepto de familia	60
2. La formación de la familia como ejercicio de la libertad	65
3. La protección de la familia y la trieja	70
IV. Apuntes sobres las posibles consecuencias prácticas y jurídicas de la Trieja	76
1. Filiación	77
2. Régimen patrimonial	79
3. Asunto pensional	80
CONCLUSIONES	82
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84
<i>Jurisprudencia Colombiana</i>	88
<i>Jurisprudencia Española y Europea</i>	90

A mis padres, Alba Luz y Juan Fernando, quienes con su ejemplo, dedicación y grandeza me han apoyado e impulsado a trabajar por todo lo que me hace feliz. A mis hermanos, Andrés y Sergio, quienes en la distancia siempre me acompañan.

PREFACIO

*“¿Por qué ser feliz cuando puedes ser normal?”
Jeanette Winterson*

En el año 2017, en Medellín, se presentó por primera vez una unión patrimonial conformada por tres personas. Esta *trieja* – como ellos mismos la denominaron – está integrada por tres hombres que decidieron establecer una vida en comunidad. De esta forma, esa relación sentimental que compartían entre ellos constituyó, a partir de ese momento, un nuevo modelo de familia, hasta el momento inédito en Colombia (el matrimonio homosexual apenas había sido reconocido por la Corte Constitucional el año anterior).

Los tres integrantes de la *trieja*¹ decidieron acudir ante un notario con el fin de formalizar su unión. Ante los inconvenientes de reconocimiento que saltan a la vista, optaron por concretar su situación a través de una figura que denominaron “*régimen patrimonial especial de trieja*”, mediante la Escritura Pública número 2075, del 3 de junio de 2017. En ésta, el notario sexto de Medellín autorizó la unión, dando así visos de legalidad a la relación tripartita. A pesar de que su intención era – y lo sigue siendo – la de legalizar su unión de forma matrimonial, con esta figura, si bien no obtenían el reconocimiento claro de que eran una familia, al menos sí conseguían constituir una comunidad de bienes que les permitiera componer un patrimonio conjunto.

Si bien esta investigación versa sobre ese hecho concreto, sirve para que, a partir de allí, se abra la discusión sobre las nuevas formas de familia que se están estableciendo en la sociedad. Ya son cada vez más los reportes de prensa que hablan de relaciones poliamorosas (De la Cal, 2016)² en las que se descarta la monogamia y se profesa que el amor no tiene que estar dirigido hacia una sola persona. A pesar de que son situaciones que han estado presentes a lo largo de la historia de la humanidad, la regulación legal que las ampara – o debería

¹ Como lo sostuvieron en una entrevista ofrecida a la Revista SEMANA, la relación estuvo integrada por cuatro personas. Sin embargo, cuando uno de ellos falleció, decidieron que era necesario tener algún elemento escrito que les sirviera de prueba de la vida en comunidad que habían conformado y estaban desarrollando (Revista SEMANA, 2017).

² Revisar también, entre otros: Noemí Casquet (Casquet, 2017) y Laura Reina (Reina, 2018).

ampararlas – ha optado tradicionalmente por ignorarlas, con lo cual ha terminado promoviendo de manera decidida las uniones familiares monógamas.

Tal vez por los logros alcanzados en la libertad de expresión, la libertad de conciencia, la libertad de cultos, el libre desarrollo de la personalidad y muchos más, las personas se han atrevido a hablar más alto y hacer notar que no todos cabemos en los moldes culturales que aún predominan en las relaciones sociales. Así, aquellas voces que antes temían expresarse y reclamar ser escuchadas han comenzado a hacerse notar y a decirle al mundo que están para quedarse.

Las relaciones poliamorosas han existido siempre. Lo que sucede ahora es que aquellos que las practican sienten – tal vez con mucha razón – que ya no hay razones para ocultarlas, que las justificaciones habituales para su exclusión han perdido vigencia y que, por lo tanto, es hora de que el derecho las comprenda y asimile de una vez por todas, dado que son situaciones válidas que merecen protección y regulación.

Con el presente trabajo se pretende analizar una situación particular, para que, con base en esta, se puedan generar discusiones más profundas sobre la manera en que las personas están optando en crear nuevos modelos familiares. Asimismo, se examinarán algunas de las razones que justifican – o no – una protección o aceptación social y política de aquella institución establecida. La trieja, como tal, cabe dentro de las relaciones poliamorosas, pero no es la única. Llegarán momentos en que el número de integrantes sea mayor, lo cual requerirá que el derecho, de una u otra forma, le otorgue soluciones a quienes, en últimas, sólo hacen ejercicio de su libertad.

PRIMERA PARTE

Autonomía y Libertad como fundamentos de la Trieja

*“ya que exigir a otro que sea otro
en verdad es negarle su otredad más genuina
como es la ilusión de sentirse uno mismo”*

Otherness

Mario Benedetti

I. Introducción

Decir que todos nos consideramos personas libres es hacer una manifestación bastante segura en el mundo que nos rodea. Salvo excepciones bastante particulares, en la gran mayoría de las sociedades occidentales no resulta muy arriesgado sostener que todas las personas son libres de conducir su vida privada, sin tener que enfrentar barreras que se lo impidan. No obstante, ha habido ocasiones en las que la concurrencia de ciertas decisiones ha hecho que la sociedad se percate de que existen algunas dificultades que limitan – o han limitado – el desarrollo inicial de una decisión libre y autónoma. Uno de los ejemplos más claros de estas situaciones ha sido la decisión de una pareja homosexual de formar una familia. Durante décadas las uniones homosexuales lucharon para que se les reconociera como un modo válido de convivencia y para que todos sus derechos cobraran la vigencia que les correspondía. En esta situación el amplio margen de libertad personal no fue tan obvio como al principio pudo haber parecido. Un evento tan íntimo y personal como lo es formar una vida en comunidad con una persona del mismo sexo, tomar una decisión que atañe enteramente a la esfera más íntima del individuo, suscitó enormes debates públicos que cuestionaban no sólo su validez, sino también el alcance que podrían llegar a tener y las consecuencias a las que podría conducir. Se cuestionó la validez de una preferencia personal que transgredía la autonomía y la libertad presupuesta hasta entonces. A pesar de las diversas vicisitudes por las que tuvo que pasar, ya no cabe duda de que esa decisión hace parte de la esfera privada de cada persona, y que ni el Estado, ni la sociedad en general pueden cercenar la posibilidad de su concreción. Las personas son libres ya de formar una familia con sujetos de su mismo sexo.

Con la evolución de la sociedad y el avance del pensamiento humano, el mundo encuentra siempre situaciones en las que se plantean problemas similares y se generan discusiones parecidas. El cambio intelectual y la creación de nuevas formas de relacionarse origina constantemente nuevas maneras de ver el mundo, y modos variados de desarrollo personal. Pues bien, una nueva cuestión ha surgido en lo que a la formación de familias se refiere. Este nuevo planteamiento discute la posibilidad de que la decisión de formar una vida en comunidad, de crear una convivencia familiar, incluya ya no dos personas, sino que, esta vez, se trate de una unión realizada por tres individuos. Esta decisión – que sigue siendo íntima y continúa perteneciendo a la esfera privada del individuo, y cuyo planteamiento produce reservas parecidas a las que originó la unión homosexual – nos conduce a discutir, nuevamente, hasta donde llega el umbral de autonomía y libertad que tienen todos los seres humanos en la fundación de sus lazos familiares y la creación de una convivencia permanente.

Para determinar esto será necesario analizar en primer término el concepto de autonomía, para después avanzar con la construcción de la libertad. Se empezará con la autonomía, pues es el primer estadio en el cual las decisiones humanas se desarrollan; es el momento en el que, bajo ciertos parámetros y criterios – que se esbozarán más adelante – un individuo lleva a cabo la toma de decisiones, y decide proceder según su propia consideración. Hace parte del ámbito interno del individuo, y, si bien tiene una enorme conexión con el ambiente exterior y las personas que en él se encuentran y lo acompañan, el núcleo del proceso se desenvuelve en el fuero interno. La libertad, por su parte, nos habla ya de las vicisitudes a las que se enfrenta la decisión tomada al expresarse hacia el exterior. En este ámbito observamos las diversas incidencias que nos permiten decir (o no) si la persona, además de ser autónoma, será también libre de concretar aquello por lo que se decantó. Se tratará, entonces, de ver si la persona que desea formar una convivencia familiar con otros dos sujetos – que pueden ser del mismo o de diferente sexo – posee los elementos requeridos para promulgar de aquél su autonomía y, si al concretar su decisión en el exterior es, por otra parte, libre de desplegarla.

Será de esa forma en la que se aborde la primera parte del estudio para, posteriormente, avanzar en el contexto constitucional – colombiano y español – que rodea todo aquello sobre

lo que se ha reflexionado y dar una conclusión. Si bien es cierto existen enormes asuntos legales que van mucho más allá del perímetro constitucional, el trabajo no avanzará hasta aquellos, pues desbordaría la intención y porque, además, consideramos que si no se supera este primer análisis, los posteriores cuestionamientos carecerán de sentido.

II. La autonomía de la voluntad

La autonomía individual es un aspecto fundamental cuando se trata de analizar las posibilidades de acción que posee el ser humano. Es fundamental no solo porque es el primer estadio de la conducta, el lugar en el que el nacen las decisiones humanas, sino también porque su mayor o menor alcance tendrá repercusiones determinantes en la decisión que se tome. Lo concretado allí se verá reflejado en la conducta desplegada. La autonomía individual refleja el proceso de elección de las decisiones personales que incluyen, por supuesto, la elección del modelo de vida que una persona decida seguir; no se podría comprender como alguien considerado autónomo y libre pueda serlo, si existiese algún elemento que le reduzca su margen de decisión. Cuanto mayor alcance tenga la autonomía de la voluntad, más libre se entenderá la acción realizada por aquél, pues su decisión no estará limitada por injerencias indebidas.

En el estudio del tema se han planteado diversas cuestiones a lo largo del tiempo. La autonomía personal no ha sido terreno infértil que no haya sido explotado, sino que, por el contrario, ha sido objeto de grandes disquisiciones que han intentado entender, explicar y teorizar sobre ella, con el fin de lograr mejores y más completas formas de ejercerla. Varios teóricos a lo largo del tiempo se han centrado en su estudio, aproximándose al tema desde ángulos diferentes. Por esta razón, para llegar a la definición que se seguirá en el presente trabajo, se realizará primero una breve relación de la forma tradicional en que ésta se ha entendido. Posteriormente, se hará referencia al concepto de la autonomía individual como concepto relacional que es sobre el cual se fundamentará el análisis posterior propuesto.

1. Autonomía Individual:

La forma tradicional de entender la autonomía de la voluntad ha estado siempre marcada por comprender al ser humano como un agente individual que, si bien interactúa con los demás individuos que lo rodean, no percibe estas relaciones como particularmente relevantes dentro del marco de ejercicio de su autonomía (McGill-Rutherford, 2015). Bajo ese parámetro, el proceso de análisis y toma de decisiones lo realiza el individuo de forma más o menos aislada, y teniendo como sustento su propia individualidad. Dentro de los teóricos que han abordado de esta forma la autonomía nos parece importante resaltar dos autores en particular: Harry G. Frankfurt y John Christman.

Harry Frankfurt presentó una teoría cuyo eje principal era la jerarquización de deseos que hace el individuo al momento de tomar una decisión: dado que el ser humano es capaz, mediante un proceso racional, de pensar acerca de las decisiones que toma y de las acciones que desarrolla, es igualmente capaz de identificar deseos que superan a los deseos más inmediatos y, por consiguiente, ordenarlos en razón a su importancia. Estas aspiraciones las llamó “*deseos de segundo orden*” (Frankfurt, 1971, pág. 6). Lo anterior consistía en que, una vez el agente había identificado una aspiración inicial – usualmente la más inmediata –, era suficientemente capaz de identificar, a su vez, una segunda aspiración que venía a determinar la decisión sobre lo que se disponía a hacer. Al evaluar los dos deseos, realizaba un proceso de ponderación interno que resultaría en la decisión inicial (Álvarez Medina, 2018). Supongamos, por ejemplo, que deseo en primer término abandonar la universidad y dejar de estudiar. Este deseo inicial se verá contrapuesto posteriormente, ya que, al mismo tiempo, tengo aspiraciones de tener un título profesional. Así, se ve con claridad cómo mi deseo de ser profesional llega para convertirse en mi *deseo de segundo orden* y, de esta forma, ordenar mis preferencias al momento de decidir.

Por lo simple que resulta esto, es necesario hacer una matización adicional, con el fin de concretar la postura de Frankfurt. Esta se refiere a que los motivos en los que se fundamentan las aspiraciones de segundo orden resultan relevantes. En este sentido, Frankfurt marca una diferencia entre los deseos que consisten simplemente en el propio deseo de querer algo y los deseos de segundo orden que se concretan con el objeto de que ese deseo que se quiere se

transforme en voluntad (Frankfurt, 1971). Lo anterior resulta cardinal, pues, para Frankfurt, sólo una persona racional, consciente de su voluntad propia, capaz de pensar de manera crítica, podrá actuar de manera consecuente con sus deseos, priorizando aquellas que le parezcan más provechosas (Frankfurt, 1971). La racionalidad, conjugada con la voluntad, es aquella que le permite al individuo superar los deseos inmediatos y concentrarse en aquellos denominados de *segundo orden*. Y es solo cuando una persona logra materializar esas segundas aspiraciones cuando se puede afirmar que es libre para ejercer su voluntad (Frankfurt, 1971).

El aporte fundamental de Harry Frankfurt es el de enlazar la racionalidad humana con la capacidad que tiene la persona de identificar aspiraciones posteriores, las cuales vienen a posicionarse por encima de los deseos que surgen en un primer momento. Este autor entiende que los humanos están en un estado superior al de los demás seres, pues ostentan la habilidad de superar pretensiones inmediatas, para contraponerlas con otras más lejanas, y que requieren cursos de acción más prolongados y, posiblemente, planes de desarrollo más elaborados. Adicionalmente, para predicar que una persona es autónoma, no se refiere al hecho de que sea capaz de convertir sus deseos de primer orden en acciones concretas; Frankfurt manifiesta que la autonomía va más allá de la simple relación entre lo que alguien hace y lo que desea, la autonomía de la voluntad se analiza en el estado mismo de los deseos: se predicará la autonomía de un individuo cuando éste sea libre de desear lo que él quiere desear o, mejor, tener la voluntad que el quiere (Frankfurt, 1971).

John Christman, por su parte, plantea su visión de la autonomía individual indicando que los seres humanos son, por naturaleza, seres sociales y, además, seres diacrónicos. No obstante, estas son puras características psicológicas más que aspectos metafísicos que constituyan determinadamente al ser humano (Christman, 2004). Con esto, él acepta que existe un ámbito social del ser propio de las personas, pero cuya relevancia no es significativa. Bajo este postulado, es posible mantener el concepto de autonomía dentro de un marco netamente individual.

Cuando este autor sostiene que el ser humano es diacrónico se refiere a que su existencia se desenvuelve a través del tiempo. Esto significa que, en aras de entender la autonomía del individuo, es necesario comprender su vida a lo largo del paso del tiempo, y que la construcción de una narrativa coherente resulta necesaria para su entendimiento. Es importante tener presente que la memoria también juega un papel importante en el planteamiento de Christman. El ser humano va adquiriendo su personalidad mediante vivencias de su propia vida, por esta razón, los recuerdos que guarda y la memoria que forma van construyendo su propia personalidad y, a su vez, van fundando la base de las decisiones del presente (Christman, 2007). Christman analiza la cuestión poniendo de presente que las personas existen *a través* del tiempo y no *en* el tiempo, como bien lo anota Emily McGill-Rutherford (McGill-Rutherford, 2015). Partiendo de esa base, el autor que aquí se menciona pasa a presentar la idea de que hay dos condiciones que marcan el sentido de la autonomía. La primera de ellas sería las condiciones de competencia, las cuales se refieren a la racionalidad y autocontrol del agente. La segunda condición versaría ya sobre las condiciones de autenticidad, que vendría a ocuparse de si, efectivamente, los valores que predica una persona la reflejan su identidad como tal (Christman, 2007).

En ese orden de ideas, argumenta Christman (Christman, 2004) que mucho de aquello que nos define como personas o, mejor, lo que define nuestra personalidad, no ha sido escogido conscientemente por nosotros, sino que ha sido adoptado de manera inconsciente. Sin embargo, que esto haya sido así no reduce o limita nuestra personalidad, pues se entiende que fue aceptado por nosotros sin que mediara conflicto. Como bien lo resalta Emily McGill-Rutherford al analizar la obra de John Christman, lo relevante para él sería, entonces, que nuestros motivos se adecúen coherentemente con nuestra narrativa histórica, pues es allí en dónde se ven reflejados (McGill-Rutherford, 2015). Ahora, resulta importante aclarar que para Christman no resulta relevante – para determinar si algún valor encaja adecuadamente dentro de nuestra narrativa histórica – determinar si es o no un asunto de identificación. Lo que realmente marca esa coherencia vendría a ser definido por la *alienación*. En ese sentido, para Christman la alienación consiste en sentir un fuerte rechazo al valor percibido, lo cual se traduciría en un sentimiento negativo hacia ese mismo. Si una persona se siente alienada

por un específico valor que, de este modo, se presente como una fuerza coercitiva, se encontraría, entonces, en una posición contraria a la autonomía.

Christman pretende reducir la importancia de las relaciones humanas para establecer su visión de la autonomía, sin que las olvide por completo. Sin embargo, al mencionar que estas van configurando el aspecto psicológico del ser humano, reduce la especial relevancia que constituye el carácter de interdependencia en el que todos los seres humanos se desenvuelven. Caracterizar a las personas como sujetos diacrónicos, cuyo transcurrir a través del tiempo les permite forjar su memoria y, como consecuencia, forjar su propia identidad, es aceptar que existe un elemento social importante en el crecimiento individual: nadie logra vivir toda su vida en ausencia absoluta de otros. Las vivencias de la infancia – quizá el momento en el que la interdependencia es más determinante – fundamentan inexorablemente el desarrollo de la personalidad. Todos esos acontecimientos afectan de manera imprescindible la construcción de la autonomía. Ahora, esta interdependencia temprana se desenvuelve en el marco de un ambiente social del que, a su vez, termina por depender.

Para nosotros es claro que el contexto familiar en el que crece una persona está claramente vinculado al contexto social al que esa familia pertenece. Por las condiciones en las que estas experiencias son adquiridas – niñez – no se cuenta con la posibilidad de rechazarlas, dado que su comprensión no se ha completado o, lo que es más crítico, es posible que su comprensión se complete basándose en esas mismas experiencias. La postura se convierte en un círculo vicioso que comprueba una imposibilidad de rechazo. Para superar esa limitación, y generar nuevas formas de entendimiento, es imprescindible para el sujeto ampliar su interdependencia a un círculo más amplio que el familiar. El cambio de perspectiva dependerá, irónicamente, de la modificación de las relaciones sociales que le permitan al individuo adquirir nuevos elementos para valorar la situación. Por lo tanto, reducir la importancia de la interacción social hasta un plano más bien secundario, es minimizar un elemento que, al final, termina por ser determinante.

Avanzando en los desarrollos de la teoría de la autonomía individual, se ha desarrollado una visión de esta que toma las relaciones humanas como un factor decisivo. Se parte ya no del

ser como un sujeto independiente, alejado de los demás, cuyas decisiones no reparan de forma importante en el contexto en el que se desenvuelve, sino que, por el contrario, considera que el contexto de las relaciones personales es definitorio. Por consiguiente, marca un aspecto fundamental en la manera en que se forja y se desenvuelve el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas. Ese análisis ha conducido a plantear el concepto relacional de autonomía individual. Es sobre esta perspectiva que se desarrollará el siguiente apartado.

2. Perspectiva relacional

El enfoque relacional de la autonomía de la voluntad ha sido gratamente enriquecido por la teoría feminista³. Los avances en su desarrollo han sido enormes y han ampliado el debate de forma excepcional. Desde esta perspectiva es desde donde se han realizado los aportes más significativos. En el marco del presente trabajo, nos interesa en especial resaltar el planteamiento que ha sido formulado por Silvina Álvarez Medina, pues sus aportes pueden permitirnos plantear el caso de una manera adecuada.

Álvarez Medina comienza su estudio considerando a la autonomía como una capacidad⁴ de las personas que, por diversas índoles, puede ser condicionada por factores internos o externos. Dentro de aquellos factores, cobran especial importancia la racionalidad y la independencia; sobre estos, define al sujeto autónomo como aquel “*capaz de determinar el sentido de sus acciones conforme a decisiones racionales que no sean consecuencia de imposiciones externas*” (Álvarez Medina, 2018, pág. 16). De esta forma, marca el aspecto de independencia, necesario para predicar la autonomía del individuo, de la misma forma que antepone la racionalidad como un elemento necesario. Se entiende que para que una persona pueda ser considerada como autónoma, debe ostentar la capacidad de decidir sus conductas siguiendo un proceso interno de elección racional, evitando que éste se vea limitado o

³ Dentro de los cuales se puede resaltar los trabajos de Catriona Mackenzie y Natalie Stoljar (Catriona & Stoljar, 2000), Andrea Veltman (Veltman & Piper, 2014), Diana Meyers (Meyers D. , 2014) (Meyers D. T., 2001) y Jennifer Nedelsky (Nedelsky, 1989).

⁴ John Christman sostiene también esta postura (Christman, 2005, pág. 330).

afectado indebidamente por circunstancias externas, que le impongan el sentido en el que debe actuar.

Para precisar la racionalidad, Álvarez Medina adopta los aportes realizados por Harry G. Frankfurt. Él sostiene – como se vio en el apartado anterior – que, para que exista un proceso adecuado de toma de decisiones en el cual se vea reflejada la racionalidad humana, es necesario que el agente sea capaz de generar *deseos de segundo orden* mediante una valoración reflexiva (Frankfurt, 1971). Las aspiraciones que se presentan en una primera instancia, aquellas que suelen ser las mas inmediatas, resultan enfrentadas a aspiraciones posteriores, que vendrían a generar una necesidad o un deseo de jerarquización. La toma de decisiones se halla en medio de esos deseos, de manera que deviene esencial una ordenación de los mismos, en aras de tomar una mejor decisión.

Sin embargo, para Álvarez Medina, la ordenación de las preferencias no es suficiente para determinar la autonomía de las personas. Aunado a los *deseos de segundo orden* de los que habla Frankfurt, la autora precitada adiciona dentro de su concepto de la autonomía de la voluntad aquello que Joseph Raz denominó *opciones relevantes*. De acuerdo con este concepto, para que un sujeto pueda ejercer su capacidad de autonomía, se requiere que exista una *adecuada gama de opciones* que le permitan realizar una elección dentro de un marco aceptable de preferencias (Álvarez Medina, 2014). Ahora, estas opciones no pueden ser baladíes o triviales, sino que deben ser de una entidad relativamente significativa – no basta simplemente con escoger el color de la corbata (Álvarez Medina, 2018). A su vez, tampoco pueden tratarse de elegir entre la vida o la muerte. La serie de opciones que se predica debe permitirle a la persona observar caminos diferentes para su propia realización, de tal forma que no exista alguna limitación. Es necesario que el individuo se encuentre en una situación que le de la posibilidad de elegir, de manera libre, dentro de una baraja de varias opciones.

En este orden de ideas, Álvarez Medina afirma que introducir la idea de los deseos de primer y segundo orden con la consecuente jerarquización de preferencias, sumada al concepto de las opciones relevantes, conforman una descripción más completa de lo que sería la autonomía individual. Ubica a la primera de ellas – la creación de deseos de primer y segundo

orden – dentro del ámbito interno de la persona, en tanto que es una capacidad que se configura desde sus propias preferencias. Por su parte, el concepto de las opciones relevantes lo enmarca dentro del ámbito externo, puesto que dependerá del contexto social y relacional en el que se desenvuelva el sujeto (Álvarez Medina, 2018).

Ahora, si bien esta claro que la autonomía es una capacidad personal que se fundamenta sobre otras capacidades del sujeto, se debe tener presente que la “*autonomía es ella misma una capacidad para la toma de decisiones*” (Álvarez Medina, 2018, pág. 32); es una forma procedimental a través del cual el sujeto decide qué hacer, sin que ello comprometa el contenido de la decisión en sí misma.

La inclusión del concepto de las opciones relevantes es el lugar en donde la autora mencionada pone el acento. Este concepto le permite enmarcar la autonomía de la voluntad como una capacidad relacional, es decir, como una capacidad vinculada a las relaciones humanas. Afirma que la caracterización de las opciones, tanto en su vertiente subjetiva como objetiva, ofrece la posibilidad de comprender que la manera como el individuo se conecta con el entorno, y el tipo de relaciones que conforma con otros individuos, son cruciales para determinar el contenido y la extensión de lo que ella denomina “*opciones relacionales*” (Álvarez Medina, 2018, pág. 48).

Dentro de esas opciones relacionales, cobra especial relevancia el contexto en el que el sujeto se desenvuelve. Álvarez Medina sostiene que las personas se constituyen como tales dentro de un margen de interdependencia. Lo anterior adquiere sentido cuando se acepta que la autonomía individual se refiere incluso a la capacidad de rechazar, modular o limitar esa interdependencia, ya que es el escenario necesario, dentro del cual se toman las decisiones que vendrán a ser calificadas de autónomas (Álvarez Medina, 2018). Ese rasgo relacional de las personas permite, en primer lugar, construir el ámbito de independencia, pues implica tomar distancia y reubicar, según la visión propia y su proceso de evaluación, las injerencias externas, con el fin de ordenar las preferencias personales. Además, en segundo lugar, el individuo pondera las opciones que tiene a su disposición para poder actuar. Todo lo anterior, desarrollado dentro de un ambiente relacional, que otorga una posición relativa al individuo

en relación con las personas que están alrededor; es decir, deviene en una dimensión de la “*socialización*” (Álvarez Medina, 2018, pág. 50).

Ahora bien, cuando la autora habla de las relaciones, no se refiere de manera exclusiva a los vínculos familiares, conyugales, amistosos, laborales y otros similares – los cuales, sin lugar a duda, influyen de manera importante en la vida individual y conforman el grupo de perspectivas inmediatas que se tienen a la mano al momento de tomar alguna decisión. Al lado de estas existe también otro conjunto de relaciones más lejanas, con individuos no reconocidos personalmente, que ocupan cierto espacio dentro del contexto social en las que la persona se desenvuelve. Estas relaciones afectan igualmente el ámbito de desarrollo y ofrecen una pauta acerca de la dirección en la que se debe – o se desea – proseguir (Álvarez Medina, 2018).

Desde este punto, esta autora parte hacia un planteamiento que resulta muy significativo dentro del desarrollo de su concepto de la autonomía individual, entendida como una capacidad relacional. Propone realizar una diferenciación entre lo que serían las *ocasiones*, las *oportunidades* y las *opciones*. La autora sostiene que mientras una ocasión se refiere simplemente a tener la posibilidad de hacer algo sin reparar en su origen – es la base más rápida de la acción humana – una oportunidad envuelve en sí misma el hecho de que alcanzar fines determinados supone ciertos condicionamientos sociales. Las ocasiones son actividades realizadas por las personas sin que estas impliquen mucha consideración, mientras que las oportunidades llevan consigo la intención de conseguir metas más elaboradas, para lo cual se requiere tener ciertos medios que faciliten su desarrollo. Las opciones, por su parte, implican la consciencia del autor. Esta consciencia que debe ostentar el agente debe tener la facultad de reconocer a un especial curso de acción – ya sea una ocasión o una oportunidad – como verdaderamente viable para sí mismo. En otras palabras, una opción es una alternativa realizable por la persona, pues va más allá de ser una simple ocasión, y supera los condicionamientos que trae consigo el contexto social, para ser plenamente alcanzable (Álvarez Medina, 2018).

Nos resulta importante esta diferenciación, pues en el desenvolvimiento individual existe una amplia gama de situaciones en las que las circunstancias sociales y los lazos relacionales limitarán o demarcarán con cierta fuerza las decisiones que una persona pueda llegar a tomar. Así, en un contexto dado, la decisión de formar una familia será bien o mal recibida, dependiendo del sujeto con quien se haya decidido formarla. En determinados contextos habrá situaciones en las que la religión no permitirá uniones con personas que no profesen la misma fe. Habrá, por el contrario, otros ambientes que cuenten con un grado de tolerancia un poco más amplio y sí permitan los casamientos entre personas que profesen religiones diferentes. En este aspecto – que supera ampliamente el estadio de la *ocasión* – es determinante entender el ámbito de las oportunidades, con el fin de establecer, de manera más o menos precisa, si las intenciones de actuar pueden ser ya instituidas como opciones verdaderamente realizables. Adicionalmente, la adecuada gama de oportunidades ofrecidas le permite al individuo comprender que un determinado comportamiento es válido y alcanzable para sí mismo. Cuando se llega al escalón de la opción, ya no se trata de observar la sola distribución equitativa de los recursos o bienes disponibles, sino de generar contextos igualitarios o posibilidades reales de escogerlos. Se refiere a facilitar caminos alcanzables para la persona que conduzcan a la generación de opciones, ampliando de esta forma el umbral de autonomía.

Existen, por supuesto, condiciones ulteriores que pueden dificultar el concreto desarrollo de la acción o la propia decisión de emprenderla. Sin embargo, resulta crucial insistir en que la creación de opciones no depende únicamente de una adecuada adjudicación de recursos o bienes – a pesar de que socialmente se entienda así de forma general. Para superar dichas condiciones, y convertirlas así en verdaderas opciones, se deben incluir ámbitos de tolerancia superiores que, junto con la igualdad en el acceso a los recursos, permitan considerar una alternativa como una opción verdadera. Tomando como ejemplo el matrimonio homosexual, es evidente que no resulta suficiente con esforzarse en garantizar que los bienes y recursos se distribuyan equitativamente. Incluso, a pesar de que no existiera desigualdad en eso, las personas homosexuales verían completamente limitada su autonomía, pues aquella circunstancia no sería suficiente para considerar el matrimonio entre personas del mismo sexo como una oportunidad – mucho menos como una opción, por supuesto. La decisión de

convivir con otra persona y crear así un modelo de familia determinado, que no se acople a modelos estandarizados, requiere avanzar mucho más en los grados de tolerancia y respeto que, sin duda alguna, son la base para hablar de la existencia de oportunidades y su consiguiente consideración como opción.

Como se observa, existen diversos tipos de restricciones con los que se enfrenta el individuo al momento de poder tomar una decisión y considerarse así mismo como un sujeto autónomo. Avanzar en el camino y pasar a entender un posible comportamiento como una opción, que supera el ámbito de las oportunidades y observa de lejos lo que apenas fue una ocasión, encuentra ciertas dificultades que no son observables desde el principio. Tal vez por esta razón es que Álvarez Medina procede a dividir estas restricciones en dos grupos. En el primero ubica a las que denomina restricciones *biográficas*. Dentro esta clase sitúa a los lazos familiares, la educación, la edad, las inclinaciones personales y aquellas similares que tienen que ver de manera más directa con la personalidad del sujeto. En el segundo grupo pone a aquellas circunstancias del contexto social, a las cuales pasa a denominar restricciones *socio-culturales*. Dentro de estas, ubica ciertas situaciones que hacen que una persona descarte una opción, si en un contexto específico su significado puede variar dentro de los distintos grupos sociales (Álvarez Medina, 2018).

En el marco de estas dos restricciones, es fácil diferenciar algunos sucesos que se encuentran claramente ubicados en alguno de esos grupos. El sexo y el género son elementos fácilmente identificables como características que hacen parte de las condiciones biográficas del sujeto, que marcarán sus límites según como se presente la situación. La desigualdad que todavía sufren las mujeres y el rechazo que aún padecen miembros de la comunidad homosexual son buenos ejemplos de cómo un individuo puede hallar restricciones al ejercicio de su autonomía que dependen enteramente de su propia persona. Como restricciones socio culturales podemos mencionar la aceptación de determinadas formas de familia. Ya se ha mencionado el caso del matrimonio homosexual. Este último ejemplo nos permite ver que existen ámbitos que entremezclan las restricciones biográficas con las restricciones culturales. Dado que no son incompatibles – Silvina Álvarez Medina jamás menciona algún carácter excluyente entre ellos – pueden coincidir varias restricciones que puedan ser situadas dentro de los dos grupos

que relaciona esta autora en su planteamiento. Sin embargo, puede que haya otras restricciones que vayan mucho más allá de la simple identidad biográfica y el ambiente socio-cultural.

Una de ellas – que proponemos adicional a las propuestas por la autora en comentario – es la que se presenta en medio del contexto *legal*, y pasa a constituir un grupo de restricciones diferente a los anteriores, a pesar de que bien puede tener una amplia interconexión con los ya mencionados. Habrá situaciones en las que las características personales del individuo no presenten mayores inconvenientes, del mismo modo que el entorno social al que pertenezca tampoco limite su autonomía. Es posible que este tipo de restricciones no haya sido mencionado por Álvarez Medina, en la medida en que se entiende que son el reflejo de la sociedad, pues sigue principios democráticos. Esto quiere decir que la sociedad, con la participación de todos, crea las normas bajo las cuales ella misma va a funcionar, razón por la cual se entiende que lleva implícito las diferencias biográficas de cada uno de los que participa, y es una expresión de la identidad cultural de la comunidad. No obstante, insistimos, pueden existir eventos en los que el ambiente legal muestre ya una diferencia con lo que realmente sucede en los otros dos ámbitos.

Piénsese, una vez más, en el matrimonio homosexual. Para el año 2004, antes de que la ley que lo permite fuera aprobada por el Parlamento español⁵, la identidad sexual de las personas había superado ya las más grandes restricciones a las que estuvo sometida en el pasado, alcanzando ciertos niveles tolerables de ejercicio de la autonomía; las personas no veían su orientación sexual como algo que limitara sus posibilidades de comportamiento. En el mismo sentido, el entorno social y cultural de la comunidad en general habían comprendido que dicha identidad individual pertenecía al fuero interno de cada persona, por lo que no debía afectar las relaciones sociales en particular; su aceptación había llegado a márgenes bastante amplios y, de nuevo, no marcaban una restricción importante respecto de la práctica de la

⁵ Fue introducido al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, “*por la cual se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*”, publicado en BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, páginas 23632 a 23634.

autonomía⁶. Sin embargo, para el año 2004, las personas homosexuales hallaban restringido el ejercicio de su autonomía por una circunstancia netamente legal. Al menos en lo que al nivel Estatal se refiere⁷, estas personas se veían en la imposibilidad de ver el matrimonio, y la subsecuente formación de una familia, como una opción realizable, por un elemento que no pertenecía a ninguno de los dos grupos. El umbral de la ocasión era fácilmente superable y, a pesar de que no existiera una mala distribución de los recursos, es decir, aunque las oportunidades se entendieran como adecuadas para ellos, no lograban acceder al margen que determina una acción como una verdadera opción.

Como se observa, en el año 2004, las personas homosexuales que residían en España no lograban ejercer una autonomía completa, pues había un elemento adicional que no les permitía completar los requisitos que se requieren para denominarse personas autónomas. De la misma manera, más adelante se verá cómo la decisión de fundar una familia por tres personas enfrentará estos mismos problemas – si bien con algunos otros – que pueden llegar verse superados con un entendimiento tolerante.

Como se observa, este ámbito del contexto legal – entendido como un grupo de restricciones adicionales – marca el punto de inflexión en el que se pasa del estadio de la autonomía de la voluntad al estadio de la libertad individual. Es el lugar en el cual la barrera procedimental

⁶ En el segundo apartado de la exposición de motivos de la Ley 13/2005 (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, páginas 23632 a 23634), el legislador expresa que con su promulgación “*trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual*”.

⁷ En el ámbito autonómico ya había algunas regulaciones que se referían a las parejas de hecho. Entre aquellas que incluían la posibilidad de formarlas entre personas del mismo sexo están, por ejemplo, Cataluña, que fue la primera en tratar la materia, cuya legislación sobre la materia es de 1998 con la expedición de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, “*d’unions estables de parella*”. Le siguió Aragón con la Ley 6/1999, de 26 de marzo, “*relativa a parejas estables no casadas*”. Posteriormente fueron reguladas por Navarra con la promulgación de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, “*para la igualdad jurídica de las parejas estables*”. Si bien algunas fueron delcaradas incosntitucionales posteriormente, sí da una muestra de los intentos realizados en el ámbot autonómico. Para un análisis más profundo ver: José Maria Mata de Antonio “*Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación?*” (Mata de Antonio, 2002); Isabel Espín Alba “*El matrimonio y las uniones homosexuales*” (Espín Alba, 2005); Carmen Hernández Ibañes “*Cambio revolucionario en España en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual*” (Hernández Ibañes, 2007).

de la toma de decisiones comienza a rozar con el ejercicio exterior de la misma; en donde se comienza a hablar de la libertad que, efectivamente, tiene una persona para hacer lo que desea hacer. El cumplimiento de todo lo anterior no será suficiente para que un individuo viva con sus intereses satisfechos, pues aún faltará un aspecto que tiene igual relevancia e importancia al momento de actuar: la consideración de ser o no libre. En el siguiente capítulo nos referiremos a esto y haremos algunas precisiones.

III. El ámbito de la libertad

Una vez superado el umbral de la autonomía de la voluntad, en el cual se desarrolla el proceso de toma de decisiones, la efectiva realización o concreción de las mismas se traslada al plano exterior. Es en este ámbito en donde se hallan los mayores inconvenientes. Al desplegar las acciones necesarias para la consecución del fin deseado, el agente enfrenta su decisión con el ambiente social, personal o legal en el que se encuentra. Es esta situación la que nos permite observar cuál es el grado de libertad con el que el sujeto cuenta, para lograr su cometido. Este será el centro de análisis en la presente sección.

Con el fin de abordarlo de la forma más adecuada, se presentará primero una breve descripción del concepto del cual aquí se parte. Posteriormente, y con base en éste, se examinará las vicisitudes que conlleva su ejercicio, sus restricciones y su justificación.

1. El concepto.

Bertrand Russell, en un sentido abstracto, define la libertad como “*la ausencia de obstáculos exteriores para la realización de los deseos*” (Russell, 1931, pág. 189). Pone de manifiesto que la principal característica de la libertad se halla en la falta de barreras que le imposibiliten a alguien hacer lo que desea. Si bien con esa frase y la manera en la que la expone podría dar a entender que el autor deja clara la diferenciación entre libertad y autonomía, lo cierto es que en su concepción se pueden hallar elementos que dan pie a la confusión entre estos dos términos. Para ilustrar su postura, pone el ejemplo de un insecto que vive apenas un par de días y después muere de frío. Bertrand Russell sostiene que aquel insecto puede ser

completamente libre, según su definición, ya que el frío cambia sus deseos, haciendo que en ningún momento aspire a hacer algo imposible.

Como se observa, en el caso que él propone se mezcla lo que sería la ausencia de barreras externas para la realización de una actividad, con la relevancia que se le da al ambiente exterior en el proceso de toma de decisiones. En esta anécdota la realidad no muestra que el insecto quiera o no algo imposible, para lo cual se enfrenta a diversos elementos que se lo impidan, sino que, simplemente, en su pensamiento no le nace realizar una actividad diferente. No es en el desarrollo de la acción el momento en el que el insecto ve cercenada sus posibilidades, sino que el ánimo de iniciarla nunca se origina, nunca existe. Ahora, esta confusión se vuelve más explícita, cuando sostiene que “[l]a modificación del deseo puede, pues, significar tanto aumento de la libertad como un incremento de poder” (Russell, 1931, pág. 189). Como es fácil percibir, las pretensiones internas del sujeto pueden modular tanto el nivel de libertad, como el de autonomía; no se evidencia diferencia entre ésta y aquella.

Lo anterior explica porqué, al hablar de libertad, Bertrand Russell introduce lo que él llamaría la *dinámica psicológica* (Russell, 1931). Con este enunciado, el filósofo británico hace referencia a la imposibilidad de referirse a la libertad, dejando a un lado los deseos del agente, los cuales pueden variar por cambios ocurridos en el medio en el que se desenvuelve. Señala que la naturaleza humana es modificada por las condiciones exteriores y que, por lo tanto, la armonía se encontrará en medio de una interacción mutua (Russell, 1931). Menciona, para explicar el enunciado, los efectos psicológicos que trajo consigo la industrialización: una persona podría no estar satisfecha sin la propiedad de un automóvil, mientras que, en el futuro, ya todos querrán aeroplanos propios, sostiene. Con todo, y a pesar de las precisiones realizadas, la definición por él expresada sí pone de presente el elemento clave en el concepto de libertad, el cual no es otro que la *ausencia de obstáculos exteriores* para la realización de una actuación.

Por su parte, Norberto Bobbio sí marcó las diferencias entre libertad y autonomía⁸, entendiéndolas de una manera distinta y con aspectos definitorios. Para el asunto que nos ocupa, nos interesa resaltar que a la libertad la define de forma similar a la forma en que Bertrand Russell lo hace. Bobbio alude a esta con el término libertad *liberal*⁹, para hacer énfasis en que la misma es “*la facultad de realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal*” (Bobbio, 2003, pág. 113). De esta manera, este autor también marca el acento en el hecho de que la libertad esta marcada por la ejecución de una actividad sin que exista algo que la impida.

Sin embargo, con esta definición, además de incluir a otras personas como posibles fuentes de impedimentos, incluye igualmente el ámbito del poder estatal. Se tiene ya al Estado como un origen importante en la delimitación del espectro de la libertad; su poder tiene un potencial significativo de restricción que debe ser considerado. En consecuencia, es factible interpretar esto con el hecho de que la acción, para que sea entendida como libre, tiene que ser lícita. Del mismo modo, esta acción se puede hacer o rechazar, puesto que la misma no se encuentra prohibida (Bobbio, 2003). Para Bobbio esta forma de entender la libertad tiene como finalidad la de responder a la pregunta: “*¿qué significa ser libre para el individuo considerado como un todo independiente?*” (Bobbio, 2003, pág. 115). Al realizar esta pregunta, el autor italiano expresa que la intención buscada se funda en la necesidad de imponer límites al Estado, por eso su énfasis radica en la ausencia de barreras que limiten la actividad (Bobbio, 2003).

Con todo, nos resulta importante señalar la forma en que la licitud delimita el concepto de libertad para Norberto Bobbio. Si bien esto puede dar lugar a dejar fuera algunas circunstancias en que una persona no es libre, ya no por la acción del Estado y la imposición

⁸ Norberto Bobbio también se refirió a la autonomía como libertad democrática. Sin embargo, sostiene que el término libertad en esta acepción significa autonomía, es decir, “*no obedecer más normas que las que se da uno mismo*” (Bobbio, 2003, pág. 304).

⁹ Dentro de la obra de Norberto Bobbio, el término de libertad liberal es con el cual este autor trata lo que es mayoritariamente conocido como libertad negativa. Para un análisis del concepto de libertad en la obra de Bobbio ver: “El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio” (Bernal Pulido, 2008).

o promulgación de leyes que se lo impidan, sino porque existen otras barreras que frenan su actividad – piénsese, por ejemplo, cuando una persona se encuentra secuestrada: el secuestrado no es libre, no por razón de una ley que le impide salir de casa, sino por la acción particular de una persona o de un grupo de personas –, dicha concepción sí nos permite poner de manifiesto que el poder estatal es el impedimento principal o, al menos, el más usual, en el ejercicio de la libertad individual, y, a su vez, es el rival más relevante en el proceso de reivindicación liberal.

Otro aporte importante que se ha hecho en la clarificación de lo que se entiende por libertad, fue el realizado por Isaiah Berlin¹⁰. Este autor retoma en gran medida la definición y diferenciación que hace Norberto Bobbio, y pasa a explicarla de una manera bastante clara e ilustrativa. Isaiah Berlin, al definir la libertad como se ha venido entendiendo¹¹, expresa que una persona es libre “*en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren*” en su actividad, por tanto, prosigue, “*la libertad política es, simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros*” (Berlin, 1988 (1993), pág. 91).

Nuevamente se llega al hecho de que la presencia de algún obstáculo es lo que le impide a una persona ser libre. Así, se reitera con claridad que la libertad es la posibilidad de actuar sin que existan límites que repriman al agente. Cuando se presente algún impedimento que produzca una reducción en el campo de libertad, haciendo que esta se contraiga, se predicará que aquél sujeto que lo sufra estará *coaccionado* o, incluso, *oprimido* (Berlin, 1988 (1993)). Dicha coacción hace referencia a la interferencia intencionada de otras personas, de tal forma que, si no se presentara, el sujeto interferido podría completar su acción sin ningún problema. La opresión, por consiguiente, estaría representada por la acción de otras personas que conlleva a la acción frustrada del agente: será más libre, entonces, quien ostente un mayor ámbito de no interferencia. Isaiah Berlin sentencia, para dotar de mayor ilustración, que “*la*

¹⁰ Si bien es cierto que la obra de Norberto Bobbio fue publicada en el año 2003 (mientras que la de Isaiah Berlin es de 1988), el autor venía hablando y escribiendo sobre el tema desde los inicios de la década de 1980 (Marcos Criado, 2003).

¹¹ En los términos de su ensayo nos estamos refiriendo a la libertad negativa.

defensa de la libertad consiste en el fin 'negativo' de prevenir la interferencia de los demás" en las actuaciones propias (Berlin, 1988 (1993)).

Con las referencias anteriormente expuestas, es posible observar que, en la definición de libertad, un sujeto será libre en la medida en que no halle algún obstáculo para realizar la acción que desea. Si bien es cierto que se percibe una pequeña diferencia entre el planteamiento del Bobbio y el planteamiento de Berlin en cuanto a que, mientras el primero, en su definición, hace referencia explícita al Estado como posible fuente de injerencia, el segundo concibe una concepción mucho más amplia, al aludir únicamente a las demás personas – lo cual contiene implícito las instituciones que estas creen y formen. Esto no quiere decir, por su puesto, que para este último no sea importante la acción del Estado. Claro que lo es. Lo que resaltamos acá es la relevancia que uno y otro le da al poder estatal desde el mismo nacimiento de su definición de libertad.

Ahora bien, teniendo en cuenta los aportes expuestos, nos es posible hallar en ellos coincidencias bastante significativas que conducen a la formulación de un postulado que puede servir de fundamento para el trabajo aquí desarrollado. De todo lo que ha sido planteado, se extraen las bases sobre las cuales se erige el "*principio liberal fundamental*" (Gaus G. F., 2005, pág. 272). Esta premisa, expuesta por Gerald F. Gaus, afirma que de la tradición liberal se extrae la condición de que cada persona tiene un derecho moral de hacer lo que desea hasta tanto no se justifique la limitación de su libertad. De la forma en que sostienen todos aquellos que se predicen liberales, todas las personas tienen la libertad de actuar como mejor les parezca, a menos que exista una razón que legitime su restricción; cualquier clase de interferencia con la acción de otro exigirá una justificación que la valide. En ese orden de ideas, Gaus establece dos características de ese *principio liberal fundamental*. Estas características serían: 1. Una persona no está obligada a justificar sus acciones; 2. Cualquier restricción o interferencia con la actuación de otra persona requerirá necesariamente una justificación (Gaus G. F., 2005). De esta forma, se extrae que la concepción básica de la libertad implica la garantía de poder desarrollar una acción sin injerencias injustificadas que la imposibiliten. En el momento en que se presente alguna

interferencia, recae en quien la provoca la obligación de justificarla, pues, de lo contrario, esta será injusta y, por lo tanto, será legítimo tanto ignorarla o reclamar su cesación.

Podemos mencionar, a manera de ejemplo, la acción de contraer matrimonio. Cuando alguien procede a casarse, no sólo no tiene el deber de justificar su actuación, sino que ningún funcionario estatal tiene el derecho de preguntárselo. El funcionario público limita su labor a la verificación de los requisitos que la ley exige, y sólo puede impedir la realización del matrimonio cuando se da cuenta de que alguno de estos requisitos no se cumple. Es en ese momento en el que puede intervenir. En el evento en el que lo haga, tendrá que justificar su intervención, expresando las razones que lo llevan a ello. Si, dado el caso, no se justifica la negativa, o esta justificación no resulta suficiente o legítima, se estará frente a un atentado contra la libertad, puesto que estaría creando un obstáculo indebido al ejercicio de una acción deseada. Se observa, entonces, que no es posible predicar la libertad de alguien mientras existan barreras que impidan sus acciones. En el mismo sentido, al tenor del *principio liberal fundamental*, nadie tiene la obligación de justificar su actividad y si en su ejercicio encuentra alguna injerencia, el deber de justificación recaerá en cabeza de quien produzca aquella interferencia.

2. El ejercicio de la libertad

Es importante resaltar que cuando se dice que alguien es libre, no se tiene muy claro a qué se refiere tal afirmación hasta que no se aclara respecto de qué o para qué se es libre¹² (Bobbio, 2003). Es decir, se parte del supuesto de que la libertad es la ausencia de obstáculos para la realización de la acción. Empero, al afirmar que alguien se encuentra en un estado de libertad, surge la inquietud de conocer con precisión la acción que no esta impedida, con el fin de clarificar el contexto que se describe. Esto significa que, frente a una determinada situación, resulta necesario establecer si hay o no restricciones que impidan actuar de una u otra forma,

¹² Luigi Ferrajoli habla de dos grandes clases de libertades: *libertad de* y *libertad para*. Estas se refieren más a garantías personales o derechos fundamentales como la libertad personal, la privacidad, la inviolabilidad del domicilio, para la primera clase, y, respecto de la segunda, habla de libertad de reunión, de asociación, expresión, de prensa. Los términos libertad de qué y para qué se usan en el presente trabajo de forma diferente (Ferrajoli, 2008).

así como indicar, en caso de que existan, cuáles son y las razones para que se mantengan. En el evento de que no tengan justificación válida, podrán ser ignoradas o se podrá solicitar su remoción. Por ejemplo, si alguien dice “no puedo casarme”, se procederá a identificar las razones por las cuales no lo puede hacer. Si sostiene tal imposibilidad, porque no tiene el dinero suficiente para la boda que desea, mas no porque le falte completar las sumas legales que se deben abonar, se entenderá que, en realidad, sí es libre, y que la barrera que enfrenta no existe. Si, por otro lado, no lo puede hacer, porque es homosexual y la ley no lo permite, estará claro que, efectivamente, no es libre y que hay una restricción ilegítima que debe ser retirada.

Si bien el concepto de libertad relatado anteriormente nos permite tener un punto de partida, resulta importante además observar algunas de las vicisitudes que se presentan en su ejercicio, en especial cuando este se enfrenta al poder estatal y, a su vez, a una parte de las concepciones sociales que se dan por presupuestas. Ya tenemos claro que, en virtud del *principio liberal fundamental*, existe una presunción en favor de la acción. Sin embargo, hay circunstancias en las que el deber de justificación se invierte, esto es, pasa a estar en cabeza de quién realiza la acción. Si bien puede suceder que algunas de estas acciones no cuenten con razones suficientes para invertir aquella carga, también es cierto que dicho cambio podrá verse como necesario en momentos específicos, pues los valores que se hallan enfrentados justifican dicha inversión de cargas.

El Estado – o el poder público en general – encuentra con frecuencia actuaciones que, a pesar de ser alegadas como pertenecientes al ámbito de la libertad individual, tienen consecuencias o fundamentos que atentan contra otros principios que pueden alterar la convivencia y la vida en sociedad. Escenarios en los que la comunidad exige que se cercene la libertad, en aras de protegerse a sí misma de circunstancias que la pongan en peligro. Piénsese, por ejemplo, cuando alguien decide invadir unos terrenos que parecen no tener propietario. Si estos llegaran a ser propiedad de alguien, este último tendrá razones suficientes para impedir la acción del otro, esto es, frenar su libertad, pues el derecho de propiedad es una justificación adecuada. Lo mismo sucedería si decide simplemente transitar por estos sin contar con la debida autorización.

En este orden de ideas, tenemos claro ya que la libertad es el valor que nos permite calificar los hechos. Así, es fácil sostener que frente a un hecho – el nacimiento de la trijeja como modelo familiar – será el contenido que le demos al concepto (valor) libertad lo que nos permitirá definir si se es libre o no para realizarlo, si se puede o no otorgar esa libertad o, por otro lado, si, en caso de que se hallen obstáculos, resulta legítimo retirarlos o mantenerlos. Ese es el punto de discusión, es ahí dónde radica el centro del asunto. Es claro que no soy libre para casarme con dos personas al tiempo o de forma sucesiva (en el mismo rito o en ritos independientes). La polémica surge cuando se formula el interrogante de si esa barrera debe ser retirada y, en consecuencia, debe serme concedida la libertad de *casarme* o, mejor, de crear una forma de familia con otras dos personas, o si, por el contrario, existen otros valores en conflicto que legitimen o justifiquen – en consonancia con el principio liberal fundamental – la restricción de ese preciso campo de libertad.

2.1. Restricciones a la libertad

Ya tenemos claro, entonces, que cuando se habla del ejercicio de una acción, cualquier persona que se presuma liberal, deberá tener en cuenta la existencia del principio liberal fundamental. Sin embargo, no se ha mencionado aún aquello que tiene que ver con las restricciones. Esta claro que partimos de la base de que estas provienen del plano exterior al sujeto, pues sólo así pueden entenderse como restricciones concretas a la libertad. Aquellas que se ubican dentro del ámbito interno están más relacionadas con los problemas de la autonomía de la voluntad, los cuales ya fueron tratadas en la primera parte del trabajo. En esta parte se hablará de las clases y, al entrar en las restricciones legales en específico, se abordará su justificación.

Puede afirmarse, en este sentido, que existen varias clases de obstáculos que frenan la acción libre de una persona, pero que únicamente los que sean provocados por otros agentes podrán constituir una restricción a la libertad. No todas las limitaciones que me encuentro al actuar generan efectivamente reducción de mi libertad. Sólo veo reducido mi espacio de libertad cuando es la interferencia de otro sujeto la que me impide concretar la actividad desplegada (Carter, 2010). Por ejemplo, no hay disminución del grado de libertad si es una enfermedad

mental grave la que impide al agente conceder su consentimiento para el matrimonio, tampoco si lo es un estado de coma. Ahí estaremos frente a una situación de incapacidad, mas no de falta de libertad. De la misma forma que si lo que me impide llegar al despacho del notario para otorgar el consentimiento es una pandemia global. La imposibilidad de hacer algo por razones naturales o biológicas no implican una restricción a la libertad. Por el contrario, si lo que me impide llegar al despacho del notario en donde se va a formalizar la unión, no es el clima, sino un secuestro, en ese caso sí es posible hablar de una restricción a la libertad.

Ahora, el motivo por el cual cabe diferenciar estos aspectos es porque la libertad, como valor que surge de la condición social humana, es una concepción que está determinada por la vida en sociedad, esto es, la libertad es una relación social que surge de la interacción con los demás (Carter, 2010). Un sujeto en estado de naturaleza no tendría razones para preguntarse acerca de su grado de libertad, pues no tiene motivos para hacerlo. Podría, eso sí, indagar sobre su grado de capacidad de hacer algo – cazar, moverse de un sitio al otro – pero el concepto de libertad no encontraría lugar ni razón para nacer (seguramente la idea de libertad no fue un asunto por el cual estuvieran preocupados Adán y Eva). Se debe tener en cuenta también que, al ser parte de la vida en sociedad, la definición de este ámbito puede verse influido por factores indirectos.

Por otra parte, también se puede hablar tanto del origen del cual provienen las restricciones como de la clase o *tipo* de la misma (Carter, 2010). En cuanto a su origen, tenemos claro que debe provenir de la actividad humana, esto es, se debe tratar de una acción de otra u otras personas. Como ya se mencionó, aquellos impedimentos que tienen origen en un hecho de la naturaleza – como podría ser una tormenta de nieve o un terremoto – no son propiamente limitaciones a la libertad. Sí lo sería, en contraste, si es un acto de otro ser humano lo que imposibilita la realización de la acción. Ahora, esta restricción puede ser directa o indirecta. Será directa cuando el impedimento recaer de forma inmediata en la acción. Como por ejemplo, cuando alguien me retiene para impedirme asistir a la ceremonia de matrimonio. La injerencia indirecta se presentará cuando, si bien no existe un acto inmediato que frene la actividad, sí hay una restricción cuya existencia obliga a detener la actividad. En este caso

podría tratarse de la existencia de una ley que prohíbe las uniones maritales entre personas homosexuales. En lo que respecta al tipo de restricciones, si bien son diversas y variadas, nos interesa, por ahora, resaltar aquellas que se configuran dentro del ordenamiento jurídico, es decir, las que son del tipo legal.

Con todo, es importante resaltar que, dentro del marco legal, se encuentran restricciones de formas y categorías distintas. La prohibición, en muchas ocasiones, no se presenta por una descripción explícita del acto no permitido, sino que, observando todo el ordenamiento jurídico, es posible entender que ciertas acciones no se pueden emprender. Esta claro que no se puede matar a otro. Matar es una acción prohibida y, sin embargo, en ninguna parte del código penal – ni en ningún otro cuerpo normativo – se estipula textualmente “*se prohíbe matar a otro*”. A manera de ilustración se pueden citar el Código Penal tanto español, como colombiano. En el primero de ellos, el artículo 138, dice que “*el que mate a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*”. En el mismo sentido, el segundo de ellos habla de que “*el que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses*”. Como se observa, la acción de matar a otro no está descrita de forma literal como prohibida. Sin embargo, nadie puede sostener que matar sea un acto libre en cualquiera de estos dos estados.

Como queda en evidencia, muchas leyes tienen como fin evitar que se realicen ciertos actos – pretenden limitar la libertad individual – y, aún así, no le impiden físicamente a la persona desarrollar la actividad que se encuentra prohibida. No obstante, con la imposición de consecuencias negativas, o con la ineficacia e inexistencia de las consecuencias positivas que estas podrían conllevar, se termina por interferir en la realización de dichas acciones. Esta situación es la que sucede con la *trieja*. EL vacío legal en el que se encuentra hace que sus consecuencias sean inexistentes. Al analizar todo el ordenamiento jurídico es posible concluir que aquellos que tienen el deseo de fundar una familia junto con otras dos personas, con el fin de obtener toda la protección legal, encuentran impedida la concretización de su acción, pues no hay forma de lograr su reconocimiento.

La imposición de un impuesto a cierto intercambio de bienes, por ejemplo, es un acto que evidentemente genera consecuencias negativas. Sin embargo, no se puede entender que, por la imposición del gravamen, dicho intercambio pasa a estar prohibido. Lo anterior, pues sus efectos no están destinados a eliminar completamente esta acción, sino que pueden estar encaminados, simplemente, a desestimularla. La diferencia con el homicidio radica en la naturaleza de la actividad, y en el significado social que esta tiene y la transgresión para la vida en sociedad que significa. El asunto de la *trieja* tiene su origen en una prohibición algo distinta. Como se mencionó, la prohibición no surge de la imposibilidad física de fundar una unión familiar a tres personas. Esta se halla en la frustración derivada del intento porque ese acto sea válido, pues nadie puede llegar a entenderlo como ajustado a la ley. El homicidio – y en general todos los delitos – sí se pueden ejecutar con plenos efectos legales; la *trieja*, a pesar de que se realice mediante un rito o una ceremonia privada, no adquirirá jamás la validez y eficacia necesaria, como para hacer que de ella nazcan las consecuencias que se aspira a obtener.

Con base a lo precedente, es que se parte ahora analizar si esa barrera que enfrenta la decisión libre de formar una familia en forma de *trieja* supera un fundamento legitimador que justifique la restricción de tipo legal que se ejerce sobre este especial ámbito de libertad.

2.2. Justificación de la restricción

Del apartado anterior entendemos, pues, que la libertad se desenvuelve en un contexto social, en el cual ésta no se extiende inconteniblemente, sino que tiende a optimizarse (North, 2013). La libertad solo es posible en un contexto de organización social (Arenz, 2019). Esto quiere decir que, en lugar de permitir que todas las personas hagan cualquier cosa que les plazca, algunas libertades se limitan de forma justificada, ya que, de lo contrario, la vida en comunidad sería imposible. Existe un acuerdo tácito en el que se conviene recíprocamente reducir la libertad en aspectos específicos, para promover y mantener la sociedad misma. Por supuesto esto no se hace en todos los ámbitos y en todas las circunstancias. Para poder restringir un campo de acción, es necesario que exista una justificación, sobre la cual se funden de manera adecuada las razones por las cuales es necesario mantenerla. Deben existir

motivos legítimos y suficientes que sustenten tal interferencia. La libertad debe poder ser practicada dentro de la comunidad, sin que esto tenga porqué afectar la convivencia pacífica.

La idea de libertad es un ideal trascendental en los seres humanos, no obstante, esto no significa que cualquier individuo pueda pretender aumentarlo infinitamente para sí mismo (North, 2013). Se tiene bastante claro que, al formar parte de la sociedad, existen limitaciones que deben ser respetadas y garantizadas, en aras de proteger la convivencia. Es bastante evidente que la permisión incontrolable de todas las acciones humanas conduciría al caos y a la imposibilidad de sostener la sociedad. El hecho de vivir en comunidad precisa que cada persona se obligue a respetar ciertas reglas de conducta frente a aquellos que lo rodean. Dentro de estas conductas sobresale, en primer lugar, la actitud o el hecho de no perjudicar los intereses de otro, es decir, no perjudicar sus derechos, ya sean estos declarados por disposición legal o por un entendimiento tácito recíproco. Una persona no puede, alegando el ejercicio de su libertad, ocasionar un daño injustificado a la libertad de otro. Entonces, en este sentido, es posible afirmar que el daño o riesgo de daño a los intereses de los demás es el principal motivo por el que se justifica una intervención (Mill, 2003).

También es cierto que, en determinadas ocasiones, puede suceder que un deber social imponga una restricción a la libertad. Son circunstancias en que, precisamente por la convivencia con otros seres humanos, nacen obligaciones que tienen por objeto la protección de la misma comunidad. Son interferencias que se justifican por la búsqueda de supervivencia común. En este sentido, puede mencionarse las obligaciones de cuidado y protección que se tienen con los niños y niñas. Esta claro que dicha imposición interrumpe el ejercicio de la libertad de cualquiera, pues pueden surgir momentos en los que tenga que restringir su actividad, pues al desplegarla puede terminar descuidando la atención que le deba prestar a estos sujetos de especial protección. Existirán, del mismo modo, eventos en los que converjan deberes del sujeto consigo mismo. Sin embargo, los deberes que tiene frente a sí mismo no son socialmente obligatorios, a menos que las circunstancias los hagan a la vez deberes para con los demás (Mill, 2003).

Es posible que en medio del desenvolvimiento en comunidad, se presente un conflicto de intereses, en el que la acción de un sujeto interfiera irremediabilmente en la acción de otro, momentos en los cuales dos personas se enfrentan, ya sea por la actividad de uno solo de ellos, o porque los dos ejercen una acción opuesta al mismo tiempo. Ahora, la cuestión importante aquí es tratar de entender cómo se atribuye la relación de prevalencia entre la actividad que alguien considera valiosa y el supuesto o eventual daño que esta podría causar en otros – para algunos existen situaciones en las que no siempre lo justifica (Mill, 2003). Tradicionalmente se ha entendido que la libertad llega hasta el lugar en donde se encuentra con la libertad del otro, pues, si la transgrede, es decir, si ocasiona una lesión, dicha acción debe ser impedida, y ese impedimento se entenderá justo y legítimo. La sociedad no puede permitir que, bajo el paraguas de la libertad, se vulneren derechos ajenos que deben ser protegidos, de la misma forma que se debe proteger la libertad. Incluso cuando se presente la colisión de dos libertades, necesariamente se tendrá que limitar alguna, después de haber analizado cuál barrera esta más legitimada y protege más a la convivencia de la sociedad. No obstante, y a pesar de la claridad de esto, existen momentos en los cuales, en la vida real, resulta extremadamente difícil determinar cuándo y de qué forma una acción en particular ocasiona un daño a los demás (Bernal, 1975). No se trata aquí de analizar las situaciones obvias de un homicidio o de un robo violento; en éstas está bastante clara la forma y la entidad del daño causado. El punto radica en que determinadas actividades pueden generar inconformismos sociales que, pese a todo, no lesionan de manera directa y relevante algún interés ajeno, así como tampoco se tiene claridad si aquel supuesto daño es de tal entidad que amerita una prohibición.

Ese escenario se presentó en medio de la lucha por el reconocimiento del matrimonio homosexual – que, una vez más, nos sirve como ejemplo. Durante muchos años se hicieron numerosos esfuerzos por demostrarle a la sociedad y, sobre todo, al Estado, que la decisión de formar una familia con una persona del mismo sexo no era moralmente inválida, que estaba debidamente justificada y, por consiguiente, la restricción que impedía su realización tenía que ser retirada del ordenamiento. Las personas sostenían – y aún lo hacen en diversos ordenamientos – que la decisión de dos personas adultas de contraer matrimonio – o convivir sin mayores solemnidades – tener hijos y, en fin, fundar una familia, hacía parte del ámbito

de libertad más íntimo y personal. Las razones que se habían expresado para impedir esta actuación libre habían perdido ya vigencia y respaldo, lo que permitía sostener que dicha restricción era injusta y, en consecuencia, debía ser eliminada. Se comprendió, en contra de la opinión de los más fuertes detractores, que el hecho de otorgarle más libertad a alguien, no depende de reducírsela al otro (North, 2013). Permitir que una pareja homosexual contrajera matrimonio no conducía irremediablemente a acabar con las relaciones heterosexuales. En un Estado que no sólo admitía la libertad, sino que la protegía y la defendía, no se cumplía con el principio fundamental que su concepción expresa, si se mantenía una restricción semejante. Del mismo modo, tampoco se hallaron razones que indicaran que la carga de justificación que emana de aquel principio liberal fuera invertida de manera legítima.

Los fundamentos de la discusión radicaban más en supuestos daños contingentes, no a un individuo en particular, sino a una institución específica: la familia tradicional. Empero, con ninguna de aquellas razones se logró demostrar que la permisión de un modelo diferente al tradicional condujera a acabarlo, pues, en lugar de reducirlo, de lo que se trataba era de ampliarlo. Al permitirle a las parejas homosexuales que contrajeran matrimonio de manera válida y legal, no se estaba impidiendo a su vez que los heterosexuales acudieran a dicha figura para fundar una familia. Así, esta conducta no viola ningún deber específico frente a la sociedad, ni ocasiona un perjuicio perceptible a otro sujeto, razón por la cual la comunidad puede fácilmente consentirlo, con el fin de hacer prevalecer en mayor medida a la libertad individual.

Los conflictos sociales que tienen su origen en este tipo de discusiones giran siempre en torno a las diferentes maneras de concebir la forma de vida. Resulta extremadamente raro que los detractores de las uniones homosexuales, o de los que rechazan la conformación de la *trieja*, propongan como argumento la falta de libertad que tienen esos sujetos de conformar este tipo de familias – saben que dicho argumento no cabría en la discusión. En estos casos, generalmente, se aducen motivos diversos que apuntan más a la moralidad pública – cuya discusión sobre su existencia es, por demás, muy amplia – y a valores tradicionales que deben ser protegidos. Empero, ninguno de ellos se muestra como efectiva justificación para que la

restricción de la libertad se vea sostenida. Es claro, por supuesto, que la ley, en estos casos, no sólo promueve un modelo de familia arraigado profundamente en la comunidad, sino que, a su vez, tiene por objeto protegerlo. No es que ésta haya nacido de manera forzosa por la imposición de una norma emanada de un órgano superior, sino, precisamente, lo contrario. Esta circunstancia nació en la vida común de las personas y, con base en ello, fue que se decidió protegerla. Sin embargo, los argumentos ofrecidos para la aceptación de las relaciones homosexuales pueden ser usados de la misma forma, para la defensa de la *trieja* como nuevo modelo familiar.

Y es que la *trieja* es una situación que ya se presentó, ya existe, y por lo tanto está demandando de parte del Estado la protección y el reconocimiento que se quiere. No es una cuestión hipotética que se reduzca al plano de la especulación, sino que ya se estableció una solicitud formal, para que esa acción libre esté exenta de interferencias. Por su puesto que, a diferencia del matrimonio homosexual, el grupo poblacional que deprecia que este tipo de uniones tengan plena validez legal es absolutamente minoritario. Las uniones entre personas del mismo sexo se hallan ya muy extendidas. Sin embargo, no resulta arriesgado suponer que si, desde los primeros llamados, se les hubieran concedido los derechos que legítimamente reclamaban los homosexuales, el mundo se hubiera ahorrado grandes momentos de discriminación y marginación. La humanidad no hubiera tenido que sufrir eventos de vergüenza, como lo han sido siempre aquellas medidas que tienen por objeto menospreciar la libertad íntima y personal de cada cual, con la consecuente lesión a su dignidad.

Pero es que la situación en ese caso va mucho más allá. Dado que el individuo se desarrolla en medio de la sociedad, todo aquello que hace termina por afectar, de una u otra forma, a los demás. De ahí, que la interacción con los otros es una carga impresionante en la formación de la identidad. Es decir, la convivencia marca pautas infranqueables de reconocimiento. El estado civil es uno de ellos. Cuando alguien se afirma soltero, lo hace con la tranquilidad de que los demás entenderán a qué se refiere la mención de su situación, y reconocerán en aquel a una persona que no tiene vínculo matrimonial vigente. Sin ese aporte social, sin la interacción en comunidad, la expresión de soltería no tendría ningún sentido, como en efecto no lo tiene en el mundo animal. Esa búsqueda de estatus de la que habla Ian Carter (2010)

surge de la imprescindible forma en la que los seres humanos desarrollamos nuestra vida. La lucha por el reconocimiento se origina, más que por la igualdad de derechos, en un deseo inexorable de ser comprendido como un agente libre capaz de determinar por sí mismo y para sí mismo cual es el cauce que mejor se adecúa a su plan de vida. Que no existan barreras, ni mucho menos imposiciones, que alejen al individuo de ejercer en paz su libertad, optando así por el desarrollo de su vida como mejor considera.

SEGUNDA PARTE

Análisis Constitucional de la familia y su posible adaptación a la Trieja

“Hay aire y sol, hay nubes. Allá arriba un cielo azul y detrás de él tal vez haya canciones; tal vez mejores voces... hay esperanza, en suma. Hay esperanza para nosotros, contra nuestro pesar”
Pedro Páramo.
Juan Rulfo.

I. Introducción

El ejercicio de los derechos fundamentales ha sido siempre objeto de una evolución constante. La forma en que las garantías constitucionales se entendían en el momento en el que fueron consagradas en el texto legal ha cambiado enormemente. Si bien, en general, se puede decir que dicho proceso se ha tratado más de una ganancia que de una pérdida, pues su alcance ha llegado a nuevos niveles y su núcleo de protección se ha ampliado con el fin de resguardarse de nuevas fuentes de riesgo, existen eventos en los que este proceso no se ha logrado de manera pacífica.

De la misma manera como sucedió con el reconocimiento del matrimonio homosexual como forma válida de familia, el asunto de la trieja llega para originar nuevas discusiones. Este modelo que se presenta hoy – a pesar de que no se puede decir que sea nuevo, pues figuras similares existieron en algunas civilizaciones antiguas – crea retos constitucionales hasta ahora no planteados; no en vano, tanto en Colombia como en España, cuando se habla de matrimonio, de unión marital o de pareja de hecho siempre se hace referencia a la relación entre dos personas – primero reducido únicamente para heterosexuales, ahora ya ampliado

para incluir a personas del mismo sexo también – pero nunca, ni en su texto ni en su interpretación, se menciona, ni siquiera someramente, la posibilidad de que la familia la funden tres personas. Hasta ahora, y mucho más en el momento en que se redactaron esas normas, no se había concebido que alguien pudiera plantearse la posibilidad de conformar una trieja y, de paso, exigir que esta tuviera plenos efectos y consecuencias.

Como se mencionó al inicio de todo el trabajo, en la actualidad ya existe una situación real de este tipo de unión, la cual está requiriendo de algún pronunciamiento legal que la reconozca. Los presupuestos filosóficos relatados en la primera parte de este trabajo son, apenas, los fundamentos sobre los cuales consideramos que se deben comenzar a construir los argumentos jurídicos que permitirán analizar la viabilidad constitucional de la formación de la trieja, como un modelo válido de familia. Es por eso por lo que, en esta segunda parte, procederemos a realizar un examen de aquellos elementos que sostienen tal regulación, centrándonos únicamente en el ámbito constitucional. Si bien es cierto que lo aquí concluido – salvo que sea una negación absoluta – podrá producir efectos y tenderá a generar cambios en la normatividad civil, abordar todas aquellas vicisitudes excede ampliamente el presente espacio y, a su vez, tampoco es el objetivo del proyecto.

Para desarrollar el estudio, se tomarán como fundamento los ordenamientos constitucionales de Colombia y España, la interpretación que se le ha dado a las disposiciones que consagran los derechos fundamentales enfrentados y, del mismo modo, las formas de protección que cubren a la institución familiar. En el mismo sentido, se analizarán algunos de los pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional colombiana, como del Tribunal Constitucional español. Por tener relación directa con los ordenamientos objeto de estudio, también se mencionará tratados y convenios internacionales que se relacionen con el tema y las resoluciones emanadas de los Tribunales Internacionales encargadas de velar por su cumplimiento.

Por razones metodológicas, se abordarán los ordenamientos de manera separada, sin que ello sea óbice para que, en el transcurso del trabajo, se hagan menciones recíprocas y se traigan a colación ejemplos de otras latitudes.

En este orden de ideas, serán tratados, principalmente, los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad, la dignidad humana y la igualdad, contrastadas con el derecho a contraer matrimonio y la protección constitucional predicada de la familia.

II. Contexto Colombiano¹³

“Hoy por hoy, las expresiones ‘matrimonio’, ‘relación matrimonial’, ‘celebración de matrimonio’, ‘consumación y consolidación matrimonial’, etc., corresponden a diversas expresiones que definen en común derechos fundamentales, que implican culturalmente la disposición de un programa de vida compartida por individuos de la especie humana” (SU-214/2016).

Estas palabras de la Corte Constitucional – que se encuentran en la sentencia mediante la cual se reconoció la posibilidad de que las personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio civil en igualdad de condiciones a como lo hacen las parejas heterosexuales – podrían llegar a ser consideradas como suficientes, para admitir que la unión matrimonial entre tres personas tiene cabida en el orden constitucional colombiano. En su intención de darle sentido a esas expresiones, La Corte no halló en ellas un límite que las redujera a las uniones conformadas sólo por dos personas. Al definir esos enunciados, ese tribunal se refiere, únicamente, a que los mismos son maneras de describir una situación que se relaciona directamente con el ejercicio de derechos fundamentales, los cuales son practicados por individuos de la especie humana. Jamás mencionó que dichas situaciones se circunscribieran con carácter exclusivo a las parejas. Sin embargo, comprendemos que llegar a tal conclusión puede ser apresurado, mucho más cuando es claro que en el contexto en el cual se escribieron

¹³ Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se titulan las sentencias de acuerdo con objeto de la providencia. Dentro de las que se van a tratar en este trabajo conviene resaltar: Sentencias de Unificación, tituladas con las letras “SU”, cuando pretenden unificar la jurisprudencia; sentencias de constitucionalidad, que se denominan con la letra “C”, cuando analizan la constitucionalidad de algún precepto o cuerpo legal; o sentencia de tutela, rotuladas con la letra “T”, cuando hacen uso de la facultad de revisión de los procesos llevados mediante la acción de tutela. Para un análisis más profundo sobre la tipología de las sentencias de la Corte Constitucional ver: Hernán Olano García, *“Tipología de nuestras sentencias constitucionales”* (Olano García, 2004).

esas palabras no se había planteado, de ninguna forma, que este tipo de uniones pudieran llegar a existir. De ahí que hacer un breve repaso sobre la evolución del concepto resulta necesario.

1. El concepto de familia

De acuerdo con el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por esta razón, tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado (La Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 17.1 maneja una descripción bastante similar). En este sentido, queda claro que la sociedad tiene como origen la familia, motivo por el cual merece ser atendido y salvaguardado. Estas descripciones pretenden darle un sentido universal al concepto. No obstante, aún la comunidad en general no ha logrado ofrecer una definición absoluta y definitiva sobre la noción de la familia. Las diferencias culturales y los cambios sociales son la causa de innumerables discrepancias y variaciones, que impiden que haya un acuerdo colectivo (Bernal Guzmán, 2015). De ahí que cada población en particular haya optado por una concepción específica de familia, que se adapte a sus propios requerimientos y circunstancias, del mismo modo que tampoco sea fuente de incomodidad o inconformismo, que puedan conducir a conflictos sociales. Colombia, por supuesto, no ha sido la excepción.

El artículo 42 de la Constitución Política de 1991 establece 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”*. Sobre esas palabras es que se erigió en Colombia la naturaleza jurídica de la familia como una institución jurídico-social, que tiene carácter fundamental para la construcción de la sociedad. Se tiene claro que ésta puede tener origen en el matrimonio o en la simple convivencia que nace de un deseo libre y responsable de formarla. Esta definición se encuentra conectada a varios preceptos que tienen por objeto declarar una protección constitucional a la institución familiar. Así se deduce, por ejemplo, de las concordancias que surgen del citado precepto, con lo estipulado en el artículo 5 superior, que reconoce a la familia como *“institución básica de la sociedad”* o de lo dispuesto en el artículo 15 de la

Constitución que declara el derecho que todas las personas tienen a la intimidad “*personal y familiar*”. En el mismo sentido, al hablar del derecho a la libertad en el artículo 28, la norma superior determina que nadie podrá ser molestado “*en su persona o en su familia*”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha desarrollado su labor de interpretación de los anteriores cánones, con el fin de dar luces acerca del concepto de familia que emana de lo escrito en la norma fundamental, y así clarificar las distintas maneras de concebirlo. En ese orden de ideas, este tribunal ha sostenido que la familia es “*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*” (C-271, 2003)¹⁴.

Como se observa, en la intención que tuvo el constituyente no se encuentra únicamente la idea de constituir a la familia como la base primordial de la comunidad e instaurar un régimen constitucional que pusiera en cabeza del Estado la obligación de protegerla. De lo allí consagrado nace también el ideal de igualdad entre las formaciones que nazcan del matrimonio – ya sea este civil o religioso – y de aquellas que tengan origen en vínculos naturales o en la simple decisión de convivir. Así lo ha entendido la Corte cuando ha dicho:

“De esta forma, la constitución de 1991, eliminó definitivamente cualquier forma de diferenciación entre el matrimonio y la unión libre, como formas de constitución de la familia, con fundamento en la protección que le debe el Estado a todas las formas de familia y al principio de igualdad, el cual garantiza el mismo trato jurídico a sujetos en situaciones idénticas. En consecuencia, tanto a través del contrato solemne, como por medio de la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad, se produce el efecto jurídico de la formación de una unidad familiar. Por lo tanto, conforme con la jurisprudencia constitucional, ‘todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho’, y particularmente en lo que tiene que ver con el reconocimiento de derechos,

¹⁴ Reiterado en las sentencias C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-070 de 2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

beneficios y prerrogativas, que cada una de estas instituciones confiere a los cónyuges o compañeros permanentes, como con relación a los hijos concebidos al amparo de cada una de las citadas uniones” (T-268, 2000)¹⁵.

Como se observa, la institución familiar puede tener origen de distintas formas. Esta variedad de fuentes que le pueden dar origen ha dado paso para que, dentro del ordenamiento jurídico, se hayan podido identificar diversas formas de familia que, si bien tienen diversas vicisitudes que las dotan de características diferentes, sí producen consecuencias y significados legales similares que deben ser atendidos y respetados. La idea de la existencia de un único modelo de familia válido en Colombia no existe, pues la sociedad misma ha llegado a construir más de uno (Escobar Delgado, 2017). Esta situación ha traído como consecuencia que ya no sea sólo la solemnidad del contrato matrimonial o de la ceremonia religiosa lo que funde dicha institución. La evolución social ha conducido al orden legal a comprender que hay variadas maneras de instituir vínculos íntimos de los cuales surja una familia. Por consiguiente, ha resultado necesario que se les dote de garantías y seguridades, con el fin de cumplir el mandato constitucional de protegerla y salvaguardarla. Con todo lo anterior, deviene necesario, entonces, retomar el concepto, en aras de hallar en él los elementos que hacen que una determinada unión pueda ser considerada como familia, con el fin de determinar si la conformación de la trieja los contiene o no, y así establecer la validez de esta clase de uniones.

En ese orden de ideas, consideramos oportuno intentar un desglose de las características que se encuentran implícitas en la definición de familia, tanto de lo literalmente expresado por la Constitución Nacional, como por la interpretación y comprensión que de eso ha realizado La Corte en el ejercicio de su función. Asimismo, se analizará la relación que estos tienen con el matrimonio y las uniones maritales de hecho. Por esta razón, a continuación se estudiarán los fundamentos que dan lugar a la formación o nacimiento de la familia.

2. Fundamentos constitucionales de la formación de la familia

¹⁵ Reiterado en la sentencia T-932 de 2008, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

En Colombia, la decisión de conformar una familia puede llevarse a cabo por medio de dos vías¹⁶. La primera ocurre cuando se opta por fundarla mediante la celebración de un matrimonio, cuya característica principal es la solemnidad – ya sea civil o religiosa – mediante la cual se concreta. La otra opción posible consiste en establecer una vida en comunidad, sin otro aspecto diferente a la creación de un vínculo natural. Esta última, definida como *unión marital de hecho*, a pesar de que no cuenta con un acto específico de fijación, sí tiene la capacidad de producir plenos efectos. Estas dos figuras, que tienen su respaldo constitucional en el artículo 42, se encuentran desarrolladas principalmente en la actividad legislativa. Así, el matrimonio halla su base normativa en el artículo 113 del código civil, que lo define como un “*contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente*”. Por su parte, la unión marital de hecho fue definida a través de la ley 54 de 1990 “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”. En su artículo primero, esta ley define tal unión como “*la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen comunidad de vida permanente y singular*”. Se tiene entonces que para ejercitar la acción de fundar una familia, una persona puede casarse – civil o religiosamente – o puede, simplemente, iniciar una convivencia con quien desea constituirla.

De estas dos opciones es pertinente y útil encontrar en ellas las semejanzas y las diferencias que permiten que se trate de figuras que producen efectos similares, y que sirven como base para la creación de una familia. En este sentido, la Corte, tradicionalmente, ha sostenido que las características esenciales del matrimonio son: 1. Que es un *acto jurídico*, toda vez que se refiere a un acuerdo de voluntades, cuya meta radica en generar los efectos y las obligaciones que dispone la ley; 2. La *unión personal*, puesto que origina un vínculo personal que cambia el estado civil de las personas; 3. La *singularidad*, ya que la hace incompatible con otras uniones que involucren a otra persona y 4. La *solemnidad*, que tiene su origen en las formalidades del contrato y su modo de celebración, las cuales deben seguirse de acuerdo

¹⁶ Aunque la sentencia C-577 de 2011 (reiterado, entre otras, en la sentencia T-292 de 2016) habla también de otros modelos de familia (familia de crianza, familia monoparental, familia ensamblada, etc.), por tratarse de vínculos que tienen más relación con los hijos, no se estudiarán en el presente trabajo con detenimiento.

con la ley, esto es, que se realice ante un juez o un notario por medio de sentencia o escritura pública (T-574, 2016).

Por su parte, respecto de la unión marital de hecho es importante resaltar como principal elemento constitutivo la unión personal. Esto, puesto que, por su propia naturaleza, carece de acto jurídico necesario. Si bien es cierto que se puede constituir mediante sentencia judicial, escritura pública elevada ante notario o conciliación judicial, ninguno de las anteriores medidas es requisito indispensable para su nacimiento (lo son para su reconocimiento). La unión marital de hecho cobra vigencia y tiene efectos legales desde que las personas deciden voluntariamente dar comienzo a la vida en comunidad. Así lo ha entendido La Corte cuando ha afirmado que *“el consentimiento formalizado, como generador de derechos y obligaciones, no es predicable en el caso de la unión marital, ya que ésta se produce por el sólo hecho de la convivencia, sin que surja un compromiso solemne”* (C-193, 2016)¹⁷.

Entre tanto, la jurisprudencia también ha marcado otras distinciones conceptuales. En este sentido, La Corte ha sostenido que:

“El matrimonio no es pues la mera comunidad de vida que surge del pacto conyugal; ésta es el desarrollo vital del matrimonio, pero no es lo esencial en él. La esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges”. De otro lado, la dinámica del compromiso en la unión de hecho es distinta, la construcción de una vida en común por parte de los compañeros resulta la fuente que justifica la decisión de conformarla. El consentimiento no pretende avalar un vínculo formal, sino constituir una comunidad de vida, por encima incluso del reconocimiento legal. Si bien los cónyuges y los compañeros permanentes buscan en esencia los mismos propósitos, no es menos cierto que cada pareja lo busca por caminos distintos, ambos protegidos por la Constitución bajo la idea de que uno de esos objetivos es comúnmente la conformación de una familia. De hecho, la libre autodeterminación de los miembros de la pareja es la que define si prefieren no

¹⁷ Concepto que ha sido mantenido también en las sentencias C-278 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo y C-257 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

celebrar el matrimonio y excluir de su relación del régimen jurídico propio de ese contrato” (C-257 , 2015)¹⁸.

A pesar de lo anterior, lo que consideramos relevante destacar acá es que, aunque existen diferencias significativas en la configuración tanto del matrimonio, como de la unión marital de hecho, las dos figuras son perfectamente válidas para construir sobre ellas una familia. Con base en cualquiera de las dos es posible iniciar un plan de vida común, con el cual perseguir los intereses que de esa intención emanan, así como los objetivos predicados por el orden constitucional. No en vano, con el paso del tiempo, y a través de una constante evolución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido avanzando en la fijación de un trato igualitario para estas dos modelos (Pérez Estupiñan, Guevara Vargas, & Ariza García, 2013). El mandato supremo de salvaguarda de la familia y las vicisitudes sociales han producido necesidades de protección que han ameritado la intervención activa de este tribunal.

Pero es necesario, además, poner de presente que las semejanzas que radican en ambos modelos nacen también de los elementos o fundamentos que los conforman, como opciones válidas de familia. Con esto se quiere decir que la configuración de una familia es lo que resulta ser, en últimas, el fin primordial de estas formas de convivencia. Por esta razón es que se persigue su protección. Dicha intención se basa principalmente en los aspectos comunes que comparten, más que en aquellos que las distinguen. La meta de predicar unas consecuencias similares entre el matrimonio y la unión marital de hecho proviene del mandato constitucional de amparo a la institución familiar. Así es como lo ha entendido el Tribunal Constitucional colombiano cuando dice que: *“el matrimonio y la unión de hecho comparten la característica esencial de ser instituciones creadoras de la institución familiar. Como tales es claro que las dos figuras merecen una misma protección”* (C-014, 1998)¹⁹.

¹⁸ En plena concordancia con lo expresado en las sentencias C-533 de 2000, M. P. Valdimiro Naranjo; C-310 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

¹⁹ Reiterado en la sentencia C-283 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Esto se puede deducir de lo sostenido por la Corte, cuando afirma que el *quid iuris* del matrimonio se determina por la finalidad que representa el libre ejercicio del derecho a formar una comunidad de vida. De ahí que se entienda que los fines del matrimonio no son, de manera exclusiva, la procreación o el ejercicio de la sexualidad, sino el afianzamiento de unos lazos de convivencia que, a su vez, permiten conformar una familia (SU-214, 2016). Ya no se detiene únicamente en prestarle atención a la concepción de descendencia. Lo que le parece importante ahora a la Corte es que, en el ejercicio de la libertad, unas personas toman la decisión de entablar una vida conjunta, de la cual se origina la familia; la intención de darle origen a esta institución es lo verdaderamente relevante.

En unos términos bastante parecidos, la Corte sostiene que, a pesar de que la unión marital de hecho no lleve implícito un acto jurídico solemne del cual se deduzca su nacimiento dentro del ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, este se funde en una actividad de hecho, su finalidad social esencial radica en el mismo lugar que el del matrimonio: la iniciación de una comunidad de vida que forma una familia. Por lo tanto, si bien es cierto que estas dos figuras no tienen un tratamiento exactamente igual por parte de la ley en todo lo que conllevan, sí existen eventos específicos en los cuales el mandato de protección constitucional impera sobre las diferencias. En palabras de la Corte:

“Tanto el matrimonio como la unión libre dan origen a la familia y, con independencia de la respectiva forma de constitución, así como existen aspectos que implican diferenciación, los hay también que comportan similitud, por lo cual la sola consideración de las diferencias no puede dar lugar a aceptar, prima facie, que todo trato diverso deba ser aceptado, debiéndose, entonces, analizar si en relación con una concreta materia cabe la asimilación o se justifica el tratamiento dispar otorgado por el legislador” (C-238, 2012).

En consecuencia, son los fundamentos de la formación de la familia los que permiten predicar una igual protección en el proceso de construcción de dicha institución. Por supuesto que las consecuencias patrimoniales no pueden ser aquél motivo, dado que las formas de constitución y los requisitos para su terminación necesitan de un tratamiento diferenciado, con el fin de

proteger todos los derechos y obligaciones que emanan de ello. Por obvias razones, tampoco pueden serlo los actos mediante los cuales se crean. El punto cardinal radica aquí en determinar cómo es que las semejanzas en las causas que le dan origen a la familia permiten encontrar elementos comunes que, al hacerlos extensivos e interpretarlos con las nuevas consideraciones sociales y la evolución de las perspectivas de la población, hacen que, en el proceso de comprender a la familia junto con el ejercicio de otros derechos fundamentales, es factible predicar que su esencia comparte elementos con la triéja, de tal manera que esta última puede ser aceptada como figura constitutiva de un modelo de familia válido y tolerado constitucionalmente. En este sentido conviene recordar una vez más que el máximo tribunal constitucional ha dicho que el concepto de familia “*está inserto en la sociedad, es dinámico y variado. Por eso incluye familias originadas en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, así como a las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que ‘el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo*”²⁰ (C-278, 2014)²¹.

Ahora, encontrar aquellos fundamentos en la formación de la familia requiere analizar, de manera muy breve, la evolución histórica que ha tenido esta institución, para poder así comprender cómo se ha ido modificando con el paso del tiempo el modelo de familia que protege el constituyente²². En este punto, importante resulta resaltar que el máximo tribunal constitucional sostenía en un principio que “*la familia que el Constituyente protege es la heterosexual y monogámica*” (C-814, 2001). Es decir que, en un principio, estaba bastante extendido que el concepto sobre el cual se hacía hincapié en la Constitución para el amparo de la familia era la diferencia de sexo entre quienes la integraban, además de que la unión debía ser, solamente, entre dos personas. No en vano, el texto habla, literalmente, de la familia formada por la decisión libre de un hombre y una mujer. En la interpretación de la Carta se dejaba claro que la heterosexualidad era la piedra angular sobre la cual se edificaban todos los modelos de familia. No tenía cabida la idea de constituir una forma de familia, cuyo

²⁰ Subrayado fuera del texto.

²¹ Reiterado en la sentencia C-257 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado y en concordancia con lo dicho en la Sentencia T-527 de 2009, M. P. Nilson Pinilla.

²² Para un análisis más profundo ver “*El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*” (Guío Camargo, 2009).

eje central fuera que sus integrantes fueran del mismo sexo. La posibilidad, no sólo de contraer matrimonio, sino también la de constituir una unión marital de hecho estaba vedada para aquellos con una orientación sexual diversa, que no encajaran en los cánones que se mantenían de manera mayoritaria en la comunidad. En un ambiente en donde la opción del matrimonio estaba claramente cerrada, para los homosexuales, esto sostenía la Corte respecto de las uniones maritales de hecho:

“La unión marital de hecho corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, ‘aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales’, debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. La definición y las presunciones que contiene la ley, en efecto, circunscriben la unión marital de hecho a las parejas formadas entre un hombre y una mujer, vale decir, se excluyen a las parejas homosexuales” (C-098, 1996)

Situación que se mantuvo en un margen de tiempo significativo y que, incluso, fue reiterada en varios pronunciamientos posteriores. Por ejemplo, en el año 2000, la Corte insistió en que la familia y la unión marital de hecho que la legislación quiso amparar se basaba en las relaciones conformadas por parejas heterosexuales, mas no por parejas homosexuales. Asimismo, sostuvo que dicha diferenciación no vulneraba el derecho a la igualdad, puesto que la Constitución ordenaba una protección integral para un modelo de familia que no incluía a las uniones de personas del mismo sexo (T-999, 2000)²³.

Sin embargo, esta situación se modificó con el paso del tiempo, con el cambio social que fue surgiendo, y el avance en políticas de tolerancia, pluralidad e igualdad. La formación de familia por parte de homosexuales comenzó a abrirse paso, abandonando así la concepción de que la heterosexualidad era la pieza fundamental sobre la cual se erigía la construcción de la institución familiar. Así, la ampliación del régimen legal constituido para las uniones maritales de hecho fue ampliado para cobijar a las uniones homosexuales en el año 2007. En

²³ Concepto reiterado en las sentencias T-1426 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Gálvis y T-618 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

ese entonces la Corte sostuvo que la ley 54 de 1990 “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*” era constitucional “*en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales*” (C-075, 2007). En esa providencia también sostuvo que la protección de un régimen legal exclusivo para parejas heterosexuales, dejando por fuera a las uniones entre personas del mismo sexo resultaba contrario a la Constitución.

Con todo, esta situación llegó a su fin cuando, mediante las sentencias C-577 de 2011²⁴ y SU-214 de 2016 la Corte amplió definitivamente todo el ámbito familiar para que fuera constituido por parejas del mismo sexo. Ya no sólo cuentan con la posibilidad de conformar una unión de hecho. Ahora pueden también contraer matrimonio civil, pues se les concedió por fin ese derecho de manera plena y real. Se tiene entonces que el componente de la heterosexualidad ya no se considera como primordial en la conformación de la familia. No es posible entenderlo de otra manera cuando ese tribunal constitucional expresa:

“La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza²⁵, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia” (C-577, 2011).

En consecuencia, queda completamente revaluada la idea de que sólo pueden ser consideradas por el ordenamiento jurídico-constitucional las familias cuya composición se base en la heterosexualidad. Empero, el asunto de la monogamia sigue estando vigente. Bajo este parámetro deviene indispensable avanzar en la profundidad de otros fundamentos que se vean implicados en la formación de la familia, puesto que, si no se le reconsidera, la triega

²⁴ Para un estudio más amplio de lo sostenido por la Corte en esta sentencia ver “*La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia*” (Páez Ramírez, 2013).

²⁵ La corte constitucional sostiene que esta surge cuando “*un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia*” (C-577, 2011).

carecerá de cualquier tipo de reconocimiento constitucional, y sus alcances en la vida práctica serán absolutamente nulos. Para esto, nos parece importante analizar que el mismo tribunal sostiene que coexisten otros elementos que pueden llegar a ser, incluso, más importantes. En este sentido, la Corte sostiene con sus palabras que:

“[h]ay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión²⁶ que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia” (C-577, 2011).

No se hace mención alguna a la monogamia sino que, en contraste, se hace alusión a otros componentes. Las manifestaciones de afecto, por supuesto, toda vez que los sentimientos de amor y comprensión son considerados implícitos en cualquier clase de unión. Además, resulta importante para la Corte referirse a la solidaridad. Eso se entiende, dado que el hecho de crear un plan de vida conjunto requiere del apoyo y la ayuda mutua de todos sus integrantes. Pero lo más significativo de esas palabras es que esos componentes se predicán tanto de las uniones heterosexuales, así como de “*cualquiera otra unión*”. Al hablar del matrimonio homosexual – de eso trata la sentencia C-522 de 2011, providencia a la que pertenecen esas palabras – ese tribunal comprende que no le puede cerrar la puerta a formaciones distintas. No se entiende de otra manera que, tratando un asunto referido únicamente a la familia como lo es el matrimonio homosexual, la Corte mencionara que los componentes que se hallan en las uniones heterosexuales se encontrarán también en cualquier otro tipo de vínculos. En este punto se deja a un lado la concepción general de que las uniones deben ser realizadas únicamente por parejas, es decir, sólo por dos personas.

Ahora bien, todos estos componentes tienen un mismo origen: el ejercicio de la libertad de una persona, cuya intención es la de conformar una familia. Esto, a su vez, depende enteramente de la promoción efectiva de la dignidad humana, tanto como principio y como

²⁶ Subrayado fuera del texto

derecho. En otras palabras, la conjugación de varias libertades que deciden, de manera autónoma, fundar una familia, es una acción que se desarrolla plenamente dentro de un Estado constitucional, en el que al ser humano se le garantiza su dignidad en plenitud. En esta decisión se ven implicados todos los componentes que, a juicio de la Corte, son los que verdaderamente importan. Existe el deseo de convivencia, aunque no sea un elemento indispensable – al igual que en el matrimonio. Adicionalmente, se conjugan dentro de la unión la solidaridad y la ayuda mutua, al igual que el socorro recíproco y las manifestaciones de afecto. También, de la misma forma que en las parejas, en las uniones entre tres personas debe poder encontrarse la vocación de permanencia, la idea de que la unión dure en el tiempo. Asimismo, el desarrollo de un plan de vida en común, con aportes de cada uno de sus integrantes. Todo esto aunado al hecho de que de la decisión por sí misma considerada conlleva la pretensión de formar una intimidad conjunta. Esta descripción no es más que la manera en que se despliega una acción realizada de acuerdo con la garantía de la libre determinación.

Lo anterior se deduce de la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional. Este tribunal, al referirse a las expresiones de la dignidad humana en lo que atañe a la autonomía de la voluntad, sostiene que se integra con *“la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”* (T-881, 2002). De tal forma que la dignidad se *“refleja de manera más inmediata en aquellos derechos que se fundan en las decisiones racionales y autónomas del sujeto* (T-472, 1996). El derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 superior, no es más que una buena expresión de ello a partir del cual, además, es factible enmarcar el objeto de protección de la dignidad humana, entendida ésta como la *“posibilidad de autodeterminarse según su propio destino o la idea particular de perfección, con el fin de darle sentido a la propia existencia”* (C-075, 2007)²⁷. En fin, se trata de constituir el modelo de familia que cada quién desea, y no el que, a la fuerza, por medio de restricciones e imposibilidades, imponga el Estado.

²⁷ En concordancia con las sentencias C-542 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-221 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-239 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz; entre otras.

Por lo todo lo precedente es que a continuación se analizará, precisamente, las vicisitudes que conciernen al ejercicio del derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política – con su clara relación con la dignidad humana y el principio de igualdad – al mismo tiempo que la protección y salvaguarda que el Estado promueve de la institución familiar.

3. La libertad como fundamento de formación de la trieja

Dentro de todas las razones que sustentan la existencia de la ciencia jurídica es posible sostener que una de ellas consiste en solucionar las dificultades de la vida real. No es un concepto estático e inamovible que, por su rigidez, deba permanecer incólume para siempre. Su misión es la de brindar solución real a los problemas que se presentan en la sociedad. No tiene sentido la existencia del derecho si no tiene aplicación práctica; se reduciría a ser letra muerta. Así lo ha entendido la Corte Constitucional desde sus primeras intervenciones (T-605, 1992). El máximo tribunal ha sostenido que las decisiones jurídicas, aparte de respetar el principio de legalidad, tienen el deber de brindar una solución real a los problemas sociales. Esa es su función. Por lo tanto, resulta obligatorio para el aplicador del derecho actualizar su contenido, de tal forma que éste se ajuste a los cambios históricos y sociales, con el fin de aplicar correctamente las normas, manteniendo siempre a la vista que su intención no es la de evadir los conflictos, sino que, por el contrario, lo que le corresponde es resolverlos.

En ese mismo orden de ideas, la Corte ha hecho referencia a que la interpretación jurídica es evolutiva, esto es, la manera en que se entienden las figuras normativas se va modificando con el paso del tiempo. No en vano afirma que en el funcionamiento normativo existe un *derecho viviente*²⁸, que envuelve la idea de que las concepciones creadas constitucionalmente no son elementos inflexibles e inmutables que deban ser preservados sagradamente (SU-214, 2016). Todo lo contrario. Dado que la redacción y promulgación de una constitución política se hace con el fin de que ésta tenga una vocación de permanencia y larga duración, todo aquello que está allí consagrado debe ser interpretado y re-interpretado de tal manera que se

²⁸ Concepto que se asemeja a la Teoría del árbol vivo que describió el Tribunal Constitucional español al analizar la constitucionalidad de la ley que promulgaba el matrimonio de uniones homosexuales en toda España: sentencia núm. 198/2012 de 6 de noviembre.

adecúe a la realidad en la que se pretende aplicar. Si bien existe un límite hasta el cual se puede avanzar, un núcleo esencial que es necesario respetar en aras de no desnaturalizar la propia carta y convertirla en una simple manifestación de intenciones sin vocación de obligatoriedad, lo anterior no se puede llevar al extremo de la intransigencia. Sus principios e instituciones pueden ser moduladas de forma tal que reflejen verdaderamente la sociedad en la cual se pretenden hacer valer. Concebir que lo estipulado en el texto es inmutable conduciría a la absurda necesidad de reconstruir o expedir una nueva carta cada vez que una situación nueva se presenta.

Es en los argumentos anteriores en los que se ha basado la doctrina y la jurisprudencia para comprender la manera en que el derecho de familia se ha adaptado, para pasar, de ser entendido como una cuestión de interés puramente civil, a ser un campo cuyo desarrollo debe atender los requerimientos que la Constitución Política impone (Álvarez Pertus, 2011). En ese sentido, el contenido del matrimonio y de las uniones maritales de hecho nace de un plano superior. El consentimiento que debe existir en estas dos figuras se analiza en el plano de la libertad, el cual pasa a ser, a su vez, el fundamento primordial de las dos clases de uniones. Es decir, su análisis constitucional viene anclado ahora a lo dispuesto en el artículo 16²⁹ de la Constitución Nacional, lo cual adquiere mucha más razón, cuando se trata de proteger a la triéja, como un modelo válido y aceptable. La Corte también lo ha entendido de esa manera, pues, en sus palabras, ha sostenido que *“la voluntad responsable de conformar una familia debe ser plena en el caso de personas de orientación sexual diversa... conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como a la regulación de la institución familiar contenida en el art. 42”* (C-577, 2011).

Y es que todo lo precedente cobra mayor valor, cuando la Corte Constitucional sostiene que la democracia constitucional tiene sus cimientos en la protección de todos los seres humanos, promoviendo el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales, incluso contra la

²⁹ Artículo 16 de la Constitución Política: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

voluntad de las mayorías (SU-214, 2016). Las uniones de tres personas representan precisamente eso: el amparo de la minoría frente a la voluntad de la mayoría. Se debe entender que el núcleo esencial de las garantías constitucionales dentro del contexto de un Estado social de derecho representa un límite innegociable que las mayorías no pueden traspasar. Dentro de ese conjunto de garantías, resalta el derecho que tiene toda persona de fundar una familia, esto es, de crear libremente una unión para desarrollar un plan de vida común.

Ahora, se tiene claro que la singularidad en el matrimonio o en la unión marital de hecho pasa a entrar en conflicto con la necesidad de interpretar la Constitución según la realidad. Es evidente que aún hoy no ha habido algún pronunciamiento que reconsidere a la monogamia como aspecto esencial en la formación de la familia. Sin embargo, la realidad indica que la trieja es ya una situación que no sólo está generando nuevos cuestionamientos, sino que también comienza a exigir medidas que la protejan. Entre tanto, la jurisprudencia constitucional ha construido un arquetipo jurisprudencial en el que los principios de no discriminación, dignidad humana y libertad han sido aplicados siguiendo un desarrollo progresivo, que se ha ido ajustando a la cambiante realidad social, incluyendo, por supuesto, a quienes tienen una orientación sexual diversa (SU-214, 2016). Por ejemplo, por medio de la sentencia T-594 de 1993³⁰ se afirmó que:

“El libre desarrollo de la personalidad se armoniza con las libertades de pensamiento y de expresión, por cuanto es la decisión de expresar, en el propio vivir de la persona, una determinación de su modo de ser en la convivencia humana; mientras tal determinación sea libre, y como culminación de un proceso voluntario en una decisión, y que no atente contra el derecho ajeno, tiene que ser respetado y protegido por el orden jurídico establecido” (T-593, 1993).

³⁰ M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En ésta se analizó el caso de una persona que solicitaba ante una Notaría el cambio de su nombre para adecuarlo a su propia identidad de género.

Asimismo, en la providencia T-909 de 2011³¹, sostuvo que:

“La orientación sexual diversa, como expresión de la orientación sexual propia de la especie humana, se garantiza en la Constitución desde tres perspectivas: i) como contenido que ampara la libre disposición, artículos 1º, es decir, ingrediente de la dignidad humana como fundamento del Estado social de derecho, 5º, derecho inalienable de la persona, 15, derecho fundamental a la esfera más íntima del sujeto, 16, marca nuclear del libre desarrollo de la personalidad; ii) como contenido igualitario y no discriminatorio, artículos 5º y 13, para un reconocimiento de tales derechos y un trato igual ante una diversidad personalísima que no amerita regulación diferenciada y que sí lo hace una protección especial por ser sujeto sometido a condiciones de debilidad manifiesta; iii) como obligaciones reflejas, el mandato de acción negativa o de no interferencia y el mandato de acción positiva especial de protección, artículos 2º, 5º y 6º, en cuanto parte de los fines esenciales del Estado, de su razón de ser y fundamento de sus reglas” (T-909, 2011).

Como es fácil observar, la decisión que toma una persona de conducir su vida según su propia inclinación sexual está más que respaldada constitucionalmente. Esas palabras de la Corte, en cuanto hablan de orientación sexual, deben incluir a aquellos sujetos que deciden que desplegar su sexualidad e intimidad no con una sola persona, sino con dos, pues, si se trata de proteger la libertad sexual, nada tiene porqué limitarlo a un canon singular. No es posible interpretar lo expresado por el máximo tribunal constitucional de una manera restrictiva, dado que eso iría en contra de esos propios postulados. En consecuencia, no hay parámetro que sostenga la imposibilidad de entender a las familias conformadas por tres personas como contrarias a la Constitución, cuando estas son, en sí mismas, expresiones claras de la libertad. No en vano, las afirmaciones referidas han sido reiteradas. Valga como ilustración la sentencia T-478 de 2015³² que sostuvo, siguiendo la misma línea, que *“uno de los ámbitos*

³¹ M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Versó sobre un asunto de discriminación contra una pareja homosexual que se besó abiertamente en un centro comercial.

³² Que trató sobre un proceso de discriminación sistemática dentro de un colegio en contra un alumno homosexual que tuvo su origen en una fotografía en la que el estudiante aparecía besándose con su novio

más importantes para la protección del derecho a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad es el respeto absoluto por la expresión de la identidad de género o la orientación sexual³³ (T-478, 2015).

Ahora bien, todo esto encuentra su anclaje en el principio fundamental de la dignidad humana, por cuanto representa una guía que siempre se debe seguir. De ahí que la Corte sostenga que el mismo ofrece dos dimensiones. La primera dimensión sería negativa, en cuanto a que la persona queda libre de ofensas y humillaciones. La segunda, la dimensión positiva, es la que trata de la libertad y de la posibilidad de que cualquiera pueda llevar a cabo el libre desarrollo de su personalidad. Por consiguiente, resulta claro que la dignidad humana se “*erige en fundamento de los principios de autonomía, libertad individual e igualdad, de los cuales se derivan los distintos derechos fundamentales*” (SU-214, 2016). Es igualmente entendible que se predique que la autonomía de la voluntad deriva del principio de dignidad humana, dado que con el ejercicio de aquella la persona es capaz de escoger con quien desea entablar un vínculo permanente y marital, ya sea a través del matrimonio o mediante la unión de hecho, pero que, en todo caso, lleva implícito los propósitos de acompañarse, socorrerse y de construir una intimidad. Todo esto, por supuesto, desarrollado dentro del marco de la institución familiar. La toma de esa decisión libre y autónoma hace parte de la dignidad individual y es “*intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes del ethos para determinarse en tres ámbitos concretos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, a saber, vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones*” (SU-214, 2016)³⁴. Cuestión que resulta importante, pues en ella radican los postulados sobre los cuales se posa la tolerancia constitucional de la trieja. Se parte de un presupuesto que, tal vez, por considerarse obvio, puede llegar a ser esencial: la dignidad humana. Sin el respeto adecuado y sin la protección precisa al ejercicio de la dignidad no es posible predicar la autonomía y la libertad. Pero no sólo eso. Sin dignidad no se puede practicar ningún derecho fundamental. La autonomía de la voluntad y el ejercicio de la libertad requieren de una promoción fuerte

portando el uniforme de la institución. Los estudiantes, además de ser sancionados disciplinariamente, fueron citados en varias ocasiones por la psicóloga del Colegio para que dieran razones de su relación sentimental.

³³ Subrayado fuera del texto.

³⁴ Que reitera lo que había sostenido previamente la sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

y decidida de la dignidad, para que puedan ser desplegadas y desarrolladas a plenitud. Se da por sentado que la base de cualquier Estado constitucional es que se respete, proteja y promueva la dignidad humana, con el fin de que las otras garantías fundamentales puedan ser realizadas con una completa integridad. Con base en la dignidad ella es que se desenvuelve el sujeto de manera autónoma y libre.

En cuanto a la libertad, es pertinente poner de presente que con la expedición de la constitución de 1991, es factible observar que la libertad, entendida como la ausencia de obstáculos para la realización de los deseos³⁵ se encuentra vigente en Colombia. Esto puede verse reflejado en la sentencia T-097 de 1994, en el momento en que La Corte Constitucional sostiene que:

“[e]ntre las innovaciones de la constitución política de 1991, tienen especial relevancia aquellas referidas a la protección del fuero interno de las personas. Es el caso del libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y del derecho a la intimidad y el buen nombre (art. 15). El constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atentan contra la convivencia y la organización social” (T-097, 1994).

Este pronunciamiento, que ha irradiado la interpretación jurisprudencial desde entonces, enseña que el *principio liberal fundamental* tiene una plena aplicación en la práctica constitucional. Es bastante claro que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad – consagrado en el artículo 16 superior – y el derecho fundamental a la intimidad – consagrado en el artículo 15 superior – son la piedra angular de un ejercicio pleno de la autonomía. Con esto, cobra también vigencia la presunción en favor de la acción, que no indica otra cosa más que si quién desarrolla la actividad encuentra una interferencia, tiene el derecho de exigir que esta sea justificada, so pena de solicitar su remoción. En otras palabras, que la interferencia debe ser legítima o, de lo contrario, deviene obligatorio

³⁵ Véase apartado III de la primera parte.

desmontarla. Esto quiere decir que aquellos que desean formar una familia en forma de trieja no tiene porqué demostrar que lo hacen con base en un derecho superior consagrado en la Carta Política. Todas las personas que quieren formar una comunidad de vida, basada en la solidaridad, la ayuda y el socorro mutuo, con vocación de duración en el tiempo, y cuyo objetivo sea la constitución de una familia, se encuentran plenamente facultados para eso. Nadie tiene que verse obligado a explicar sus actos, cuando estos se concretan teniendo como fundamento una garantía constitucional.

Cuestión diferente es la manera en que el legislador configure el ejercicio del derecho fundamental, cuando esta facultado para eso³⁶. Por supuesto que, aunque el principio liberal se encuentre implicado en este particular asunto, esto implica abandonar o dejar a un lado la actividad legislativa. Lo estipulado en la Constitución tiene por objeto guiar la expedición de leyes. Por esta razón, su regulación y configuración dependerán del órgano legislativo. Así lo entiende la Corte cuando sostiene que:

“La decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica una defensa de un espacio propio que le corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo y, por ello, la Corte Constitucional no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger las medidas que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social” (C-577, 2011) .

Lo cual halla concordancia con lo que previamente había manifestado, en cuanto se afirmaba que:

³⁶ Conviene recordar acá la doctrina que la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo, en el caso *Obergefell vs. Hodges* – mencionada por la propia Corte Constitucional en la sentencia SU214 de 2016 – que expresa que las personas no deben aguardar a que el poder legislativo actúe con el fin de hacer valer un derecho fundamental. Todos los individuos están revestidos de la capacidad de invocar, frente a un derecho, la protección constitucional, cuando su ejercicio se vea perjudicado, incluso si el parlamento se ha negado a actuar en consecuencia. La idea de la Constitución estadounidense fue la de establecer ciertos parámetros que estuvieran alejados de los vaivenes políticos, ubicándolos así fuera de los conflictos de mayorías, y determinarlos como principios jurídicos para que sean aplicados por los tribunales.

“En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas” (C-075, 2007).

Entre tanto, es importante recordar que en el marco de un ordenamiento constitucional, confluyen ciertas reglas que valen como criterios de interpretación y aplicación de lo estipulado en la Carta. Una de ellas consiste en la idea de que un Estado Social de Derecho se fundamenta sobre el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Estos, a su vez, legitiman a los poderes públicos y determinan el límite hasta donde pueden llegar sus actuaciones. Otra pauta que se resalta tiene que ver con la dignidad humana. Con esta se afirma que toda persona es libre y autónoma de formar una familia, ya sea que decide hacerlo por la simple convivencia o por medio de la solemnidad que reviste la figura del matrimonio. Para lograr esto, no se debe reparar en la orientación sexual del individuo, como tampoco indagar en su intimidad, de tal manera que se halla protegido por la Constitución y la ley (SU-214, 2016).

Con lo anterior queda claro que la regulación específica que incumbe a las uniones de familiares fundadas por tres personas hace parte de la libertad de configuración legislativa. El Congreso, como ente representativo de la sociedad, deberá actuar de conformidad con lo que esta minoría exige y necesita. Sin embargo, debe tener presente que su actuación se encuentra condicionada a la observación de los principios superiores consagrados en la Carta. No puede generar situaciones que vayan en contra del principio de dignidad humana, y que limiten injustificadamente el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Adicionalmente, resulta importante que concrete, de manera efectiva, su actuación. Es decir, tampoco puede el legislador evadir el asunto y crear con su inactividad una lesión a los principios fundamentales mencionados. De esta forma lo ha entendido el máximo tribunal

constitucional cuando, analizando el caso de las parejas homosexuales, afirmó que la ausencia de protección resultaba “*lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la constitución*” (C-075, 2007).

En consecuencia, será la actividad del Congreso la que defina la forma en que se regulará este tipo de uniones. Puede que la trieja no se proteja a través de la figura del matrimonio tal y como está consagrado en la actualidad en la legislación civil, pero sí es necesario que, si se decide crear una figura análoga, se honren los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. Esto quiere decir que es obligatorio observar los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la voluntad y la autodeterminación, en concordancia con los principios a la dignidad humana.

Y será así entonces cuando, con la actividad del legislador o con la respuesta que la Corte Constitucional otorgue en caso de que el primero decida no actuar – tal y como paso con el matrimonio homosexual – se eliminará una restricción que se encuentra presente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Es decir, eliminada la restricción legal que se encuentra vigente, todas las personas podrán considerar las uniones entre tres personas como verdaderas opciones de actuación que, superados los cánones de las oportunidades y de las ocasiones, les permitirá considerar esa decisión y planear su realización, con el pleno uso de su racionalidad y con la garantía de independencia que el orden legal les concede.

Asimismo, podrán actuar con plena libertad, pues su acción, la de fundar una familia, no se encontrará con interferencias injustificadas, pues estas, siguiendo las garantías superiores consagradas en la Carta Política, habrán quedado removidas. Por lo tanto, la decisión de conformar una trieja será debidamente aceptada como el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad y de la libertad.

III. Contexto español

A diferencia de lo que sucede en Colombia, en España el matrimonio y la protección a la familia se encuentran consagradas en preceptos diferentes. El artículo 32 de la Constitución Española establece el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, mientras que el artículo 39 habla expresamente de la protección social, jurídica y económica que los poderes públicos deben asegurarle a la familia. Esto implica que, para estudiar las vicisitudes que podrían verse involucradas en la aceptación o rechazo de la triaja como forma de familia, se debe partir de que existen dos ámbitos que se ven involucrados. Por un lado esta todo aquello que tiene relación con el reconocimiento, ejercicio y límite del derecho fundamental que tienen todos los ciudadanos a contraer matrimonio y, por otro, se halla el mandato constitucional al Estado de resguardar a la familia como institución. Por consiguiente, aquí se verá el alcance del derecho fundamental, que estará condicionado por el entendimiento legal que se tenga del concepto de familia. También se estudiará de manera breve lo relacionado con las parejas de hecho, que se funda, principalmente, en la regulación propia de las Comunidades Autónomas.

En ese orden de ideas, a continuación se procederá a examinar las vicisitudes del concepto de familia y su relación con el derecho fundamental a contraer matrimonio, así como las posibles correspondencias que se puedan encontrar al tenor de los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y, por supuesto, la dignidad humana. Se partirá del análisis de los artículos mencionados y de su relación con otros, para avanzar hasta analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y, del mismo modo, llegar a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que puedan llegar a ser relevantes.

1. El concepto de familia

La normativa y la jurisprudencia en el ámbito europeo son referencia especial en el desarrollo legal de España y de todos los Estados miembros de la Unión. En este contexto, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) establece que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia*”.

Como se observa, es una norma bastante amplia que no tiene intenciones de ser rigurosa. Su pretensión es dejar un margen extenso que le permita a los Estados vinculados al convenio desarrollarlo de acuerdo con su propia cultura e identidad. Por lo tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado una amplia jurisprudencia en la que, de manera reiterada, afirma que, si bien no existe un concepto único de familia que deba ser seguido por todos los miembros del Convenio, sí debe quedar claro que la familia no es sólo aquella que tiene como nacimiento el matrimonio. La garantía de protección de la familia, vinculada a la protección del artículo 8 CEDH, no se reduce únicamente a aquellas uniones fundadas en el matrimonio, sino que, dentro de este precepto, se incluyen también otras relaciones de hecho. Básicamente, el TEDH no distingue entre la idea de una familia legítima y una familia natural, sino que se limita a verificar la existencia de lazos de mutua dependencia (Torres Gutiérrez, 2009). En palabras del tribunal:

“El Tribunal reitera su jurisprudencia consolidada sobre las parejas del mismo sexo, concretamente que la noción de familia, a los efectos de esta disposición, no se limita a las relaciones matrimoniales y puede incluir otros vínculos familiares de facto en los que las partes conviven fuera del matrimonio” (STEDH 2010, 24 de junio)³⁷.

Por su parte, la Constitución Española tampoco contiene una definición de familia. El artículo 39 se refiere a la protección que se le debe brindar a ésta, pero no enuncia una descripción de lo que debe o no entenderse como tal. De esta manera, conserva una forma neutral y, por ende, no realiza ninguna concreción del término, ni hace un planteamiento de lo que significa legal o socialmente. Se parte, entonces, de una noción abierta y adaptable, no restringida. Así, se entiende que esta obligación comporta un principio rector que *“ha de informar a la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (Aguado Renedo, 2012, pág. 82)*. En ese contexto, Roca Trías, por ejemplo, sostiene que, por este motivo, no se genera una intrusión de los poderes públicos en intereses que son ostentados de manera exclusiva por los particulares, sino, más bien, se define un margen de actuación

³⁷ Que reitera lo dicho en las sentencias: Elsholz contra Alemania (TEDH 2000, 152), núm. 25735/94, TEDH 2000-VIII, de 3 de julio de 2000; Keegan contra Irlanda (TEDH 1994, 21) de 26 de mayo de 1994, serie A núm. 290; Johnston y otros contra Irlanda (TEDH 1986, 16) de 18 de diciembre de 1986, serie A núm. 112.

para los sectores público y privado por parte de la Constitución (Roca Trías, 2006). Sin embargo, esta autora afirma también que no se debe menospreciar el papel que juega el ordenamiento jurídico en la definición de los modelos familiares que son objeto de protección jurídica en un momento histórico determinado, tal y como ocurrió con la introducción del matrimonio homosexual. Resalta que la clave del sistema ideado por el artículo 39 es la protección de los derechos fundamentales, puesto que reparte las funciones entre lo público y lo privado, así como también delimita las obligaciones del primero, sus límites y las circunstancias en que está facultado para actuar (Roca Trías, 2006).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en su labor interpretativa, tampoco ha procedido a determinar el concepto de familia (Cazorla Prieto, 2018). Sin embargo, dentro de su desarrollo jurisprudencial – al igual que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – sí ha procedido a establecer que dicha institución no contiene únicamente a las uniones formadas por virtud del matrimonio, sino que, por el contrario, es una institución amplia e incluyente dentro de la cual caben aquellas uniones que tienen un origen distinto (STC 45/1989, 20 de febrero)³⁸. Lo mismo sostiene Aguado Renedo, al afirmar que, si la constitución “*no incorpora concepto alguno de familia, ha de inferirse necesariamente que admite modelos de la misma que no se basen en el matrimonio*” (Aguado Renedo, 2012, pág. 89) Lo anterior es posible deducirlo del hecho de que la regulación del matrimonio y la protección de la familia se encuentren consagrados en preceptos distintos y diferenciados (Cazorla Prieto, 2018). Así se comprende también de las palabras del Tribunal Constitucional cuando, en la STC 222/1992³⁹, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222) afirma que:

“Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el art. 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin

³⁸ STC (Sala Pleno) núm. 45/1989, de 20 de febrero (RTC 1989, 45), publicado en BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1989, pág. 44 a 56. Criterio reiterado en: STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992,222), publicado en BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993, págs. 26 a 37.

³⁹ Sostenido también en la sentencia STC (2ª) núm. 47/1993, de 8 de febrero (RTC 1993, 47), publicado en BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1993, págs. 47 a 55.

embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo” (TC, sentencia núm. 222/1992 11 de diciembre [RTC 1992, 222], FJ5).

La doctrina del Tribunal constitucional ha insistido en que del artículo 39 CE no se deriva un modelo constitucional de familia específico tradicional, sino que dicho precepto emite un mandato a los poderes públicos de dar protección efectiva a los modos de convivencia que se expresen en la sociedad (Cazorla Prieto, 2018). Es claro, entonces, que la protección constitucional no resguarda una institución definida y terminada, sino que pretende amparar la institución de tal forma que esta permanezca en “*términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*” (STC 32/1981, FJ3)⁴⁰. Se tiene, en consecuencia, como lo afirma Roca Trías, que el sistema de protección de la familia implica, primero, la protección constitucional a la familia, sin que se defina un modelo en específico y, segundo, la protección de los derechos fundamentales de los individuos, que determinan el límite infranqueable tanto para el poder público como para los propios particulares (Roca Trías, 2006).

⁴⁰ Reiterado en la Sentencia STC 26/1987, de 27 de febrero, publicada en el BOE núm. 171, de 24 de marzo de 1987).

Ahora, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es posible encontrar algunos pronunciamientos que, al menos, mencionan las características esenciales de las relaciones que fundan una familia. Así, en la sentencia que declaró constitucional la legislación que introducía el matrimonio entre personas del mismo sexo, el TC describió de una manera sucinta los elementos principales sobre los cuales se constituye la figura matrimonial. En este sentido, el Tribunal se refirió al matrimonio como:

“[C]omunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador” (STC 198/2012, 6 de noviembre [RTC 2012, 198], FJ9).

De las anteriores palabras es posible rescatar los componentes primordiales de la figura matrimonial. Se encuentra, entonces, que el matrimonio es una *comunidad de afecto* sobre la cual se forma un vínculo del cual surgen, a su vez, los deberes de ayuda mutua entre las personas que deciden formarlo. Asimismo, conviene destacar la *igualdad* que ostentan las personas que la conforman y la expresión de la *voluntad libre* de crear tal vínculo son las notas más relevantes del matrimonio. Ahora, salvo la manifestación de la voluntad mediante las formalidades específicas establecidas por la legislación para contraer matrimonio, estas características se encuentran también en las relaciones de hecho. No es posible predicar el nacimiento de una unión de hecho sin que se entienda tal figura como una comunidad basada en el afecto, pues esta es, también, su propia esencia. Tampoco puede extraerse de ella la igualdad y, mucho menos, la voluntad de constituirla, dado que las mismas son requisitos imprescindibles para que sea considerada una unión válida y constitucional.

Como se observa, la jurisprudencia ha sido muy prudente al momento de resolver situaciones en las que se ve implicada la institución familiar. Aunque inicialmente pudo entenderse que, además de la convivencia, la procreación era un elemento definitorio de la familia, dicha comprensión ha cambiado drásticamente y ya no es un elemento decisivo en su definición ⁴¹. Del mismo modo, el matrimonio ya no se entiende como la manera exclusiva de fundarla, pues ahora la comprensión es mucho más amplia y abarca más formas de originarla. En este sentido, hallamos, pues, unos atributos comunes que son compartidos tanto por el matrimonio como por la unión de hecho. Estos mismos nos sirven de punto de partida para construir un concepto de familia que se adecúa a las diferentes formas de fundarla y, a su vez, funcionan como base para realizar una comparación entre estas uniones y la figura de la trieja.

Con todo, vale precisar que la definición de los modelos que requieren protección es una facultad reservada para los poderes públicos, según lo dispuesto en el artículo 39.1 CE. Esto, dado que la fijación de la agenda legislativa corresponde a las autoridades competentes, muy a pesar de que el concepto real de familia pertenezca al ámbito extrajurídico (Roca Trías, 2006). De esta precisión es que se deriva la enorme necesidad de poner en discusión la idea de una familia fundada por tres personas, pues sólo cuando el debate sea debidamente abordado y argumentado, los poderes públicos tomarán la decisión de actuar de conformidad con lo que se haya razonado.

2. La formación de la familia como ejercicio de la libertad

Esa situación en la que, tanto en el ámbito europeo como en el ámbito español, no se haya optado por consolidar un criterio claro que defina el concepto de familia se debe al contexto de pluralidad y multiculturalidad en el que se desenvuelven estos dos *regímenes jurídicos* y que ha conducido a que los tribunales guarden prudencia frente a situaciones que pueden ocasionar grandes conflictos y diferencias (Torres Gutiérrez, 2009). Sin embargo, dentro del contexto español, es seguro sostener que la decisión de formar una familia se desenvuelve

⁴¹ Una posición contraria es manejada por José Luis Martínez López-Muñiz (Martínez López-Muñiz, 2000).

dentro del ejercicio pleno del derecho a la libertad individual y a la autonomía de la voluntad. Así lo sostiene Roca Trías cuando afirma que “*el modelo occidental va a consistir en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, limitada para la protección de los derechos fundamentales implicados...*” (Roca Trías, 2006). Lo anterior se comprende cuando se analiza la ubicación del derecho a contraer matrimonio dentro de la Constitución Española, el cual no está incluido dentro de la garantía de protección a la familia.

La protección constitucional a la familia está establecida como en el primer precepto del Capítulo Tercero del Título I, dentro del cual se consagran los principios rectores que se deben seguir en la política social y en el manejo de la economía. Esto quiere decir que, con su ubicación, el constituyente quiso imponer en cabeza del Estado la obligación de que, en el desarrollo de su actividad, debe siempre velar por que la institución familiar esté preservada de situaciones sociales, económicas o jurídicas que puedan afectarla. Autores como Aguado Renedo (Aguado Renedo, 2012) sostienen que, a pesar de su ubicación y de la misma forma que no todos los contenidos del Capítulo son principios rectores, sí es posible predicar que de esos preceptos emanan derechos fundamentales. Con todo, es generalmente aceptado que la protección a la familia está bien ubicada, puesto que, al integrarse como un principio rector que ha de informar a todo el ordenamiento positivo, se entiende a esta como parte de una realidad derivada de la convivencia, del desarrollo social o de las relaciones biológicas, que trasciende el acto formal y originador del matrimonio (Muñoz Machado, 2018).

Por otra parte, el derecho a contraer matrimonio está consagrado en la Sección Segunda del Capítulo Segundo de la Constitución, lo cual lo posiciona como un auténtico derecho fundamental. Esta ubicación tiene como consecuencia la concepción de que el matrimonio ya no es un simple negocio jurídico de carácter privado que se deriva de la legislación civil. Al consagrarlo de esta forma, el matrimonio supone ahora el derecho que tiene toda persona a determinar libremente su vida y a obtener de esa decisión un respaldo superior al ámbito legal ordinario. De esta forma, al referirnos a este derecho, nos encontramos frente a un derecho fundamental en el “*sentido jurídico-constitucional del término*” (Acuña Guirola, 2003). Lo anterior explica que un sector de la doctrina considere que el derecho a contraer

matrimonio es un derecho de libertad personal cuyo establecimiento en la CE podría ser innecesario, bastando solamente su regulación por normas de rango inferior (Muñoz Machado, 2018). Se reconoce constitucionalmente una determinada forma de vinculación personal, social y patrimonial, cuando se podría haber reconocido un derecho genérico a la determinación libre de las relaciones personales y sociales, dejando a la ley ordinaria la regulación de los distintos negocios jurídicos y vinculaciones patrimoniales posibles, así como de los requisitos y condiciones necesarios en cada caso (Cazorla Prieto, 2018).

Entre tanto, la formación de las parejas de hecho se estatuye siempre como una forma de convivencia que, por obvias coincidencias, puede ser considerada como análoga a la matrimonial. Las diferentes formas de fundar una vida en comunidad, sin mayores formalidades ha ganado reconocimiento de forma progresiva, mediante “*su incorporación por el legislador al ordenamiento y su homologación al matrimonio con la fórmula habitual del ‘cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad’*” (Aguado Renedo, 2012, pág. 92).

Así, por citar algunos ejemplos, en Cataluña, el Código Civil,⁴² al hablar de pareja estable, se refiere a “*dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial*”. En la comunidad valenciana, cuando se legisló sobre las uniones de hecho⁴³, se entendió a éstas como aquellas que son “*formadas por dos personas que, con independencia de su sexo, convivan en una relación de afectividad análoga a la conyugal*”. Lo mismo sucede en Andalucía, en dónde la Ley de Parejas de Hecho⁴⁴, al concretar la definición, las describe como “*la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal*”. Como se observa es posible predicar que éstas, al igual que el matrimonio, son el

⁴² Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, publicada en BOE núm. 203, de 21 de agosto.

⁴³ Ley 5/2012, de 15 de octubre, Ley de Uniones de Hecho de Comunidad Valenciana, de la cual, vale la pena decir, fueron declarados inconstitucionales varios artículos, por la Sentencia 110/2016, de 9 de junio, publicada en el BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016, páginas 50146 a 50171. A pesar de ello, lo que nos interesa resaltar es la definición que se le dio a las parejas de hecho.

⁴⁴ Ley 5/2002, de 16 de diciembre, Ley de Parejas de Hecho de Andalucía, publicada en BOE núm. 11, de 13 de enero de 2003, páginas 1358 a 1361.

ejercicio pleno de los derechos a la libertad personal y a la autonomía de la voluntad. Resulta pertinente aclarar que no son instituciones plenamente equiparables. Queda claro que su noción y naturaleza es distinta. No obstante, para los efectos aquí deseados, nos interesa resaltar que son situaciones que derivan del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Estas formas similares de formar una familia encuentran su respaldo no sólo en la aplicación análoga de la garantía constitucional que se deriva de la ubicación del derecho a contraer matrimonio, sino también de la concordancia predicable de ésta con otros preceptos normativos sin los cuales no es posible entender el ejercicio del derecho a contraer matrimonio – o el de optar por fundar una pareja de hecho. En este sentido, conviene resaltar el artículo 9.1 CE, en el cual se establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Asimismo, el artículo 10.1 constitucional establece como fundamentos del orden político y de la paz social a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad. En el mismo sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 14 de la Constitución determina la igualdad de todos los españoles, prohibiendo cualquier tipo de discriminación.

Como se observa, a partir de la consagración constitucional del derecho al matrimonio, éste pasa a ser mucho más que un simple negocio privado, y presupone que el derecho que tienen todas las personas a determinar su vida libremente está reconocido constitucionalmente (Cazorla Prieto, 2018). Situación que puede ser aplicada por vía de analogía a la formación de las parejas de hecho, pues, como ya quedó en evidencia, las mismas suponen un tipo de relación que, salvo las solemnidades legales del primero y otras diferencias importantes, es una figura similar que va encaminada a la creación de una familia y, por ende, se concibe también como una forma en la que se ejerce el derecho a configurar la vida personal de la manera libre y autónoma. Esto quiere decir que, a pesar de que el matrimonio es un contrato civil y de que la regulación de las uniones de hecho hace parte de la ley ordinaria, después de la consagración constitucional del derecho a contraer matrimonio, y la interpretación por vía de analogía a las parejas estables, estas pasan a ser una garantía fundamental.

Con base en esto, es perfectamente posible sostener que la base fundamental sobre la cual se erige el derecho a fundar una familia y, por consiguiente, la de escoger el modelo que más se prefiera – matrimonio (civil o religioso) o pareja de hecho – no es otra que el ejercicio de la libertad personal, desarrollado sobre la base de la dignidad humana. Ya no se habla de las funciones que tradicionalmente estaban ligadas al matrimonio – como lo eran la reproducción, la sexualidad y la comunidad económica –, pues éstas no necesitan ya de esta figura jurídica para manifestarse. Lo que es realmente importante en la configuración de cualquiera de estos dos modelos es que se parte de la libertad que tienen los integrantes de conformarla.

Así, resulta bastante ilustrativo lo expresado en la exposición de motivos de la Ley Reguladora de las Parejas de Hecho del País Vasco⁴⁵, la cual dice que “*en el ejercicio de la libertad personal⁴⁶, muchas personas constituyen unidades de relación afectivo-sexuales de carácter estable sin llegar a formalizarlas en un contrato matrimonial*”. De forma similar, la Ley de Parejas de Hecho de Andalucía, también en su exposición de motivos, sostiene que la familia “*no se constituye exclusivamente sobre la base de una unión matrimonial, sino también sobre unidades de convivencia que han ido surgiendo como consecuencia del ejercicio por los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales, sin la sujeción a reglas previamente establecidas que condicionaran su libertad de decisión⁴⁷*”.

Con todo, lo que se intenta poner aquí de presente es que el rasgo definitorio de la decisión de fundar una familia es la libertad que tienen todas las personas a determinar su vida de la forma que mejor consideren. Esto se deriva de la concepción de que el derecho a contraer matrimonio – o a crear una pareja de hecho – es un derecho del ser humano que tiene carácter de derecho de la personalidad (Cazorla Prieto, 2018). Como tal, lleva implícito la dignidad humana, pues sin ella no es posible predicar el ejercicio de la libertad. Por lo tanto, con base

⁴⁵ Ley 2/2003, de 7 de mayo, Ley reguladora de las parejas de hecho, modificada por la 5/2015, de 25 de junio, publicada en BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015, páginas 62312 a 62346.

⁴⁶ Subrayado fuera del texto.

⁴⁷ Subrayado fuera del texto.

en el libre desarrollo de la personalidad, es bastante factible argumentar válidamente que dicha unión no contradice los preceptos constitucionales, pues es en ellos mismos en los que encuentra sustento. Sin embargo, conviene ahora analizar hasta qué punto el deber de protección a la familia implica una prohibición de tal formación o si, por el contrario, dicho deber de protección no significa un rechazo a las formaciones familiares fundadas por tres personas.

3. La protección de la familia y la triaja

Como ya se mencionó, el deber derivado del artículo 39.1 de la Constitución concibe a la familia como una institución, que tiene un alcance mucho mayor a la simple unión por medio de un rito matrimonial. Por su especial trascendencia social y legal, el constituyente dispuso la obligación, para todos los poderes públicos, de protegerla social, legal y económicamente. Preservar a la familia de políticas, decisiones, o de cualquier otra actividad que pueda perjudicarla es un principio rector que orienta toda la actividad estatal. No obstante, la indefinición de familia por parte de la CE y de las normas civiles que la regulan crea problemas en la concreción de ese mandato, lo cual se traduce en que, para cumplirlo, sólo pueda mirarse respecto a casos específicos que puedan afectarla, cuya delimitación y alcance de la medida a adoptar estará condicionada por el evento particular. En consecuencia, es aceptable sostener que la protección social, jurídica y económica ordenada no está fijada en la Constitución, lo cual significa que no se sabe en qué consisten estas protecciones (Cazorla Prieto, 2018).

Pero esto es un problema que se reproduce también en la legislación autonómica. En efecto, la protección de la familia también se ve en los estatutos de las comunidades autónomas, sin que se defina claramente el concepto de tal institución. Por citar unos ejemplos, el estatuto de autonomía de Cataluña⁴⁸, en su artículo 16, establece que todas las personas tienen derecho, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley, a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender las cargas familiares. Por su parte, el Estatuto de Andalucía⁴⁹,

⁴⁸ Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma de Estatuto de Autonomía de Cataluña.

⁴⁹ Ley orgánica 2/2007, 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

en su artículo 17, que habla de la protección a la familia, señala que “*se garantiza la protección social, jurídica y económica de la familia. La ley regulará el acceso a las ayudas públicas para atender las situaciones de las diversas modalidades de familia existentes según la legislación civil*”.

Con todo, la garantía institucional, adoptada por el Tribunal Constitucional en la STC 32/1981, de 28 de julio (RTC 1981, 32), pretende proteger ciertas instituciones constitucionalmente reconocidas – incluida la familia – frente a la acción del legislador que pueda llegar a suprimirlas o desnaturalizarlas (Cazorla Prieto, 2018). En esta sentencia se afirma que: “*la garantía constitucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*⁵⁰”. En el mismo sentido, continuaba diciendo que:

“Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza” (STC 32/1981, de 28 de julio [RTC 1981, 32], FJ3).

Por consiguiente, se tiene claro que la institución familiar se debe proteger de acciones que pretendan acabarla o desnaturalizarla en *cada tiempo y lugar* en el que la acción se presenta. En este sentido, esta bastante claro que, cuando el constituyente redactó los preceptos que regulaban la familia y el matrimonio, no concebía la posibilidad de que tres personas intentaran conformarla, por el simple hecho de que aquella situación aún no se había presentado. Sin embargo, estamos ante una circunstancia en la cual la trieja ya es una realidad

⁵⁰ Subrayado fuera del texto.

que, a pesar de ser única y de que no se presentó en territorio español⁵¹, nada impide que en algún momento tres personas decidan acudir ante un juez o un notario – como en el caso colombiano – para que se *legalice* su unión y se le reconozca como modelo familiar válido. En este orden de ideas, conviene recordar algunas de las razones que expuso el legislador cuando, frente a una situación similar, como lo era el matrimonio homosexual, sostuvo que:

“La opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta⁵²”. (Ley 13 de 2005, 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio).

Como se observa, la libertad es, para el legislador, fundamento esencial de la regulación que pretende aceptar que un modelo de familia homosexual sea constituido mediante el contrato civil de matrimonio. Adicionalmente, se tiene claro que dicha libertad debe verse reflejada en las normas que determinen el estatus del ciudadano, en una sociedad pluralista y abierta, que rechaza cualquier tipo de discriminación. Argumentos y razones que bien pueden ser predicados de la triéja. Esta, como se ha insistido durante todo el trabajo, no es más que la manifestación autónoma de una decisión que, basada en la libertad, establece el plan de vida que se quiere seguir, sin que dicha situación afecte a los demás. Igualmente, se trata de un evento que es una clara muestra de que la sociedad es abierta y pluralista, que no parte de

⁵¹ Por lo menos en lo que a su intento de *legalización* se refiere. En algunos periódicos ya hay notas de prensa que reportan situaciones similares y de uniones que, en algún momento, exigirán su reconocimiento. Así, por ejemplo, el periódico EL Mundo, el 20 de junio de 2016, en un artículo titulado “*El poliamor sale del armario*”, relata y comenta varios casos de relaciones amorosas que incluyen abiertamente más de dos personas (Mundo, 2016).

⁵² Subrayado fuera del texto.

concepciones morales preestablecidas que no puedan ser modificadas o moduladas con la evolución humana. En este sentido, conviene recordar la teoría del *árbol vivo* seguida por el Tribunal Constitucional en el análisis de constitucionalidad de la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵³, en la que sostiene que:

“La Constitución es un «árbol vivo», –en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla⁵⁴” (STC 198/2012, 6 de noviembre [RTC 2012, 198], FJ9)⁵⁵.

⁵³ Para un análisis más completo de la sentencia y las circunstancias que la rodearon ver: “*Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo: la garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo (A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012)*” de Pilar Benavente Moreda (Benavente Moreda, 2013).

⁵⁴ Subrayado fuera del texto.

⁵⁵ En esa misma sentencia se citan las siguientes: SSTC 17/1985, de 9 de febrero [RTC 1985, 17], F. 4; 89/1993, de 12 de marzo [RTC 1993, 89], F. 3; 341/1993, de 18 de noviembre [RTC 1993, 341], F. 3; 29/1995, de 6 de febrero [RTC 1995, 29], F. 3; y 298/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000, 298], F. 11.

La Constitución, entonces, protege las instituciones en ella consagradas sin descuidar y sin perder de vista que éstas pueden ir cambiando a medida que la sociedad va avanzando. Esto, contrario a lo que sostiene el constitucionalista Manuel Aragón en su voto particular, tiene que ver con el hecho de que la promulgación de una Carta política tiene por propósito hacerla durar en el tiempo, esto es, tiene una vocación de permanencia, razón por la cual, adquiere pleno significado que los conceptos estipulados en su texto se vayan adecuando a los nuevos retos que la sociedad le va presentando en cada época. No se refiere a que la Carta Política sea *“una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete”* (STC 198/2012, 6 de noviembre [RTC 2012, 198], V.P. Manuel Aragón). Así, adquiere sentido la noción de que el Derecho, reflejado en las disposiciones normativas que rigen a la comunidad, es un fenómeno social que está intrínsecamente ligado a la realidad en la que se desarrolla, y que, en ninguna circunstancia, puede perder de vista. Olvidar que su misión está en ordenar la realidad, sería convertir sus palabras en letra muerta, sin ninguna aplicación práctica. No creo que exista mejor reto para materializar esta idea, que la decisión decidida de ver constitucionalmente a la trierza como modelo de familia legítimo.

Con todo, la protección de la institución familiar pretende evitar que, por medio de decisiones del legislador, sufra modificaciones absolutamente trascendentales que impidan que se siga reconociendo a la familia como tal. Como lo sostiene Benavente Moreda en el análisis que realizó de la sentencia del Tribunal (Benavente Moreda, 2013), ese debate fue abordado desde el doble contenido que emana del artículo 32 superior, esto es, como derecho fundamental y como garantía institucional. Es así como, al concluir el estudio de los argumentos, llegó a la conclusión de que la figura matrimonial no queda desvirtuada ni irreconocible, por el hecho de ampliar su espectro permitiéndole su acceso a las personas del mismo sexo (Benavente Moreda, 2013). En el caso de las uniones entre tres personas no se observa cómo la institución protegida se ve desnaturalizada. Y no se observa, básicamente, porque a lo que se aspira con la trierza es a ampliar la concepción legal de familia, mas no a destruir o reemplazar aquellos que ya existen. Ninguna regulación ordinaria con la que se intente legalizar este nuevo modelo de familia tendrá como objetivo acabar con el matrimonio y con las parejas de hecho tal y como se conocen hasta ahora. Lo que se procura es aumentar el núcleo de protección de la libertad, la dignidad y todos los derechos que se ven afectados,

para que la sociedad refleje un verdadero pluralismo y un verdadero rechazo contra la discriminación. Recordemos que, frente al matrimonio homosexual, el argumento que predicaba la destrucción de la familia también fue bastante utilizado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional respondió de manera certera cuando afirmó que:

“La institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio” (STC 198/2012, 6 de noviembre [RTC 2012, 198], FJ9).

Con mucha más firmeza se ve lo argumentado, cuando el Tribunal Constitucional expresa que:

“El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de

los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil” (STC 198/2012, 6 de noviembre [RTC 2012, 198], FJ11).

Entonces, se tiene que es perfectamente posible predicar de la trieya las características descritas en el apartado citado. Ésta es, en esencia, una comunidad de afecto que genera un vínculo o una sociedad de ayuda mutua entre *tres* personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución. Asimismo, la decisión de conformarla se basa en la voluntad de unirse en el proyecto de vida familiar común que presta su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución, a pesar de que, al igual que en las parejas de hecho, no lo manifiestan mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento – puesto que no existe. En consecuencia, ya sea porque se decide ampliar la figura matrimonial para la trieya, o porque se decide incluir en el supuesto de las parejas de hecho o, incluso, porque se resuelve regularla a través de una figura autónoma e independiente, nada de eso traerá como consecuencia la destrucción de la institución familiar. Dado que la constitución protege a la familia, pero no define un solo modelo de familia, sino que incluye a varios, puede ser posible ampararse en esta ambigüedad y dejar en manos del legislador la forma en que regule la trieya, siempre y cuando respete el hecho de que, por virtud de la libertad, debe ser considerada como una forma de familia. La familia *tradicional*, o aquella sobre la cual se basó el constituyente, seguirá existiendo y será siendo objeto de la misma protección social, económica y legal que se ha ordenado en la Constitución.

IV. Apuntes sobre las posibles consecuencias prácticas y jurídicas de la Trieya

Como se pudo observar en los apartados anteriores, existen razones más que suficientes para reclamar la remoción de aquellas restricciones que impiden reconocer la validez de la trieya, pues su justificación principal ha sido rebatida y no es sostenible según el principio liberal fundamental. Ya se han abordado los motivos principales que sustentan su legitimación y se ha hecho una relación de los argumentos que soportan su reconocimiento. Ahora, es justo rescatar que, con la validez de la trieya, se pueden ver afectadas varias de las consecuencias necesarias de la conformación de una familia. Efectos inmediatos que pueden llevar a cuestionar su validez. Por esta razón, a continuación se harán unas notas de una manera

genérica y breve sobre los posibles efectos que una relación de tres personas podría conllevar, teniendo en mente al matrimonio, dado que es el fin último al que se aspira. No se profundizará en el análisis de los dos ordenamientos jurídicos, pues es una tarea que desborda considerablemente este espacio, pero que podría ser abordado, posteriormente, en una investigación más profunda (como una tesis doctoral). En este orden de ideas, se verá primero lo que tiene que ver con la filiación, posteriormente con el régimen patrimonial, para después analizar el tema pensional. Si bien es cierto que existen muchos más efectos que pueden verse involucrados, consideramos estos como los primordiales y aquellos que pueden generar un mayor debate.

1. Filiación

La relación jurídica que nace entre los progenitores y los hijos es uno de los asuntos que mas preocupa en el caso de la trieja. La filiación es un asunto que suscita muchos debates. El ordenamiento español, en los artículos 115, 116 y siguientes del Código Civil, y el ordenamiento colombiano, en los artículos 213, 214 y siguientes también del Código Civil, establecen con claridad las reglas de filiación que se seguirán en caso de que nazca un hijo dentro del matrimonio. En las parejas y las uniones maritales de hecho las consecuencias son bastante similares. Son reglas claras que han subsistido en medio de la protección a la familia monógama. El problema que suscita la conformación de una trieja viene del hecho de que nosotros no concebimos cómo una persona puede llegar a tener una filiación que involucre a tres progenitores; no se entiende con claridad la forma mediante la cual alguien pueda llamar a tres personas como padres o madres, ni tampoco los derechos y obligaciones que derivan de ello.

Para empezar a abordar el tema, es importante resaltar que esta situación ya se está presentando. Los avances tecnológicos y médicos en el campo reproductivo ya han generado este tipo de situaciones. En abril de 2015, en Argentina, se registró al primer bebé con triple filiación de toda América Latina (infobae, 2015). El niño nació dentro de un matrimonio de dos mujeres, pero cuyo padre biológico estuvo presente y colaboró con su crianza. Asimismo, en El 11 de abril de 2019, el periódico británico “The Independent” reportó cómo en Grecia

se produjo el nacimiento de lo que ellos denominaron *un bebé de tres personas* – “Three-person baby” – (Cockburn, 2019). Allí se relataba cómo el nacimiento resultó después de que unos médicos españoles desarrollaran una técnica de fertilidad que requirió el uso de material genético de dos mujeres y un hombre. En esa misma nota relataban cómo la compañía española “Embryotools”, en colaboración con el “Institute of Life”, basado en Grecia, utilizó dicha técnica con el fin de ayudar a una mujer que padecía problemas de fertilidad y quien había intentado de manera infructuosa diferentes formas de fertilización in vitro. Así, queda en evidencia que la posibilidad de que existan sujetos que estén genéticamente relacionados con tres procreadores es real y ya está sucediendo.

Ahora bien, frente a las obligaciones derivadas de dicha circunstancia, es pertinente decir que tampoco son escenarios inéditos e irreales. En los Estados Unidos ya se han presentado casos en los cuales los jueces han optado por reconocerle los derechos y obligaciones emanados de la filiación a tres personas. En el Estado de Nueva York, por ejemplo, en el caso Dawn M., Plaintiff v. Michael M., Defendant, que sucedió en el año 2017, se resolvió la situación de un niño que había sido concebido diez años antes en medio de una relación poliamorosa (Martín, 2017). Después de acudir ante el Juez, la Corte Suprema de Suffolk optó por otorgarle la *triple custodia* a las dos mujeres y el hombre que reclamaban ser los padres del menor y estableció que el niño siempre se identificó con el hecho de tener *tres padres*. No ha sido el único caso.

Según una crónica de NBC News (NBC News, 2017), el número de personas que persuaden a los tribunales de concederles reconocimiento legal a lo que ellos han denominado “*tri-parenting*” ha venido aumentando. Esta situación, afirma la crónica, obedece a la realidad de las familias contemporáneas en las que los avances en los derechos de las personas con orientaciones sexuales diversas y los avances en la tecnología reproductiva han abierto el camino para que cambie la forma de concebir la paternidad y la manera en que se crean o constituyen las familias.

Si bien es cierto que pueden presentarse circunstancias en que la trijea no implique triple paternidad, algo que no tiene que ir necesariamente ligado, sí es cierto que, al momento de

fundar una familia, los tres integrantes querrán ser cobijados por todas las consecuencias que ello implica. También es importante tener en cuenta que puede llegar a ser posible hacer una diferenciación en la forma en que se determinaría la filiación de los hijos (la existencia de la trieja podría establecer la triple filiación inmediata o si, siguiendo las reglas generales, tendría que buscarse una declaración del juez para la inclusión del *tercer*, etc.).

En suma, vale decir que, a pesar de lo extraño que nos pueda parecer al principio, el camino de la humanidad va dirigido a ampliar el concepto de familia, trascender de escenarios clásicos, para que los seres humanos desarrollemos nuestra libertad en el que es, tal vez, el ámbito más importante de nuestra vida personal: la familia.

2. Régimen patrimonial

El régimen patrimonial trae consigo numerosas complicaciones que dan lugar para otra discusión y debate. Las implicaciones que tenga dependerán de cuál sea la forma en que se decida regular la trieja. Así, si se decide establecerla como matrimonio, con todos sus efectos y consecuencias, habría que modificar o crear reglas especiales que determinen cómo sería la administración de los bienes del matrimonio, así como la manera en que se distribuirían sus deudas y cargas. En el mismo sentido, habría que analizar la forma en que se distribuirían los bienes al momento de una separación en el caso de que se opte por un régimen de gananciales o de vigencia de la sociedad conyugal. En el mismo sentido se requeriría estudiar la forma en la que se procedería en caso de que los integrantes residan en España y opten por un régimen de participación. La separación de bienes o la decisión de no crear sociedad conyugal facilitarían la distribución.

En el caso de España vemos con mayor dificultad que se decida equiparar a la trieja con el matrimonio tradicional. Ya el Tribunal Constitucional se ha mostrado reacio a equiparar dicha institución con las parejas de hecho, al considerarlas dos realidades distintas que, por lo tanto, merecen tratamientos distintos sin que eso implique violaciones al derecho a la igualdad (Aguado Renedo, 2012). En Colombia, por su parte, podríamos considerar que su aceptación podría desembocar de manera más rápida en una situación más similar a la que

existe entre el matrimonio y la unión marital de hecho. La comunidad de bienes que se forma con la sociedad conyugal y con la sociedad patrimonial tiene muchas semejanzas, lo cual nos hace pensar que, de ser considerada la trieya como forma válida de familia, su equiparación en el ámbito económico con las otras dos figuras tiene mayores posibilidades.

En el ordenamiento español, es necesario observar el régimen de las capitulaciones matrimoniales – artículos 1325 a 1335 del Código Civil. Plantearse la extensión de la figura a la trieya ayudaría a facilitar el asunto económico. Si tenemos en cuenta que el artículo 1255 C.C. otorga libertad de configuración, el arreglo al que lleguen los integrantes de la trieya, siempre y cuando respete los límites del art. 1328 C.C., no tendría porqué enfrentar problemas. Dichos preceptos indican que la relación ostenta cierto margen de libertad para pactar el régimen económico de la forma que mejor le parezca. Por supuesto, se debe siempre proteger a todos los integrantes y evitar que haya abusos de alguna clase o vulneraciones al derecho a la igualdad. En Colombia, si bien el asunto es diferente, pues las capitulaciones matrimoniales tienen otra naturaleza, la ampliación de esta figura a la trieya también sería de utilidad. Según el artículo 1771 del aquel Código Civil, las capitulaciones no son una manera en que los cónyuges establecen el régimen económico de la unión, sino que son, simplemente, convenciones que celebran los esposos en las que relacionan los bienes que van a aportar a la sociedad conyugal y aclaran las convenciones que se quieran hacer el uno al otro en el presente o el futuro. Esto tampoco genera inconvenientes respecto a la trieya, pues nada obsta para que los aportes o convenciones se realicen entre tres personas.

3. Asunto pensional

Curiosamente, el tema pensional fue la razón por la cual se originó todo el asunto que se describió en el prefacio. Como cuentan los integrantes de la trieya (Revista SEMANA, 2017), la idea de formalizar y de darle algún viso de legalidad a la unión surgió después de que un integrante anterior falleciera y la entidad administradora rechazara la solicitud de sustitución pensional, ya que no consideraba que los tres formaran una familia, por lo que no cumplían los requisitos. Sin embargo, este es un tema que puede considerarse superado, pues ya hay un pronunciamiento judicial al respecto.

En efecto, ante la negativa del fondo de pensiones de conceder el beneficio de la pensión de sobrevivientes, los perjudicados acudieron ante un juez para que decidiera al respecto. Después de surtida la primera instancia ante el juez laboral, el fondo de pensiones decidió apelar la decisión, pues resultó contraria a sus pretensiones. En esta etapa, mediante providencia del 28 de mayo del 2019, bajo el consecutivo de radicación 01955, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín consideró que, efectivamente, entre los demandantes y quien había fallecido sí había existido una relación que constituía una familia y que, por tanto, merecía la protección legal y constitucional que reclamaba. En ese sentido, consideró que cada uno de los supervivientes de la relación tenía el derecho a recibir la mitad de la pensión, pues era una situación consolidada.

La providencia se basó en lo dicho por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-1035 del 2008, que aclara que la pensión de sobrevivientes persigue la protección del núcleo familiar del afiliado o pensionado, frente a las adversidades económicas que se presentan por el fallecimiento. También se sustentó en que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido en varias oportunidades que cuando una persona mantiene de manera simultánea dos relaciones que dan origen a la familia – ya sea mediante un matrimonio vigente y una unión marital de hecho, dos uniones maritales de hecho o, incluso, dos matrimonios de forma paralela – las dos personas supervivientes tienen derecho a recibir el beneficio pensional⁵⁶. Con base en esto, el Tribunal Superior de Medellín accedió a las pretensiones de los demandantes y estableció que de esa trieza sí era posible predicar los derechos pensionales que ostentan las parejas monógamas, de tal manera que protegía el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la protección a la familia que predica la Constitución Nacional.

Ahora, si bien el régimen pensional en España tiene sus propias particularidades, la situación presentada en Colombia ejemplifica cómo es posible dar una respuesta positiva a este asunto en particular. Adicionalmente, la ley ya contempla situaciones en las que pueden existir varios beneficiarios. No se entiende de otra manera cuando el artículo 220 de la Ley General

⁵⁶ Cita como ejemplo las providencias SL4774-2018 M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero y SL1399-2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

de Seguridad Social⁵⁷, en su numeral segundo, habla de “*conurrencia de beneficiarios con derecho a pensión*” de viudedad. Así, puede verse cómo sí es factible predicar que existen dos favorecidos de ese derecho. Los preceptos constitucionales en los que se basa la protección a la familia son el fundamento sobre el cual se erige dicha posibilidad. Además, es importante aclarar que no se estaría pagando dos veces la misma pensión, es decir, haciendo un doble pago, sino que dicha suma se divide entre los supervivientes a la relación tripartita: un valor dividido entre dos personas. Por supuesto que habrá que crear o clarificar los requisitos para acceder a ello, pero dentro del ordenamiento jurídico constitucional no hay razón para que ese derecho le sea negado a quienes deciden crear una familia entre tres personas.

CONCLUSIONES

*“Un Quijote cuya locura no sea deshacer entuertos sino encuerdar locos. O sea,
cuyo delirio no sea la justicia sino la razón”*
Carolina Sanín.

1. Superando la visión individualista de la autonomía de la voluntad, para pasar a entenderla ahora desde una perspectiva relacional nos permite entender las formas en que el ser humano realiza el proceso de toma de decisiones. Logramos entender cómo aquellos que desean formar una triéja encuentran limitada su voluntad, al ver que su deseo no alcanza a llegar al ámbito de una verdadera opción. Las restricciones a las que se enfrentan siguen impidiendo que puedan considerar fundar una familia entre tres personas como algo posible y realizable.

2. Al superar ese estadio, los sujetos que desean formar una triéja se enfrentan a las restricciones impuestas por el exterior que les impiden concretar su deseo: formar una triéja con plena validez legal. Si bien el principio liberal fundamental establece una presunción en favor de la acción, la existencia de una restricción efectiva que imposibilita su concreción requiere una justificación. Resulta también importante que el hecho de otorgarle a alguien más libertad no implica, necesariamente, reducirle el espacio de libertad a otro. Por lo tanto,

⁵⁷ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Publicada en “BOE” número 261, de 31 de octubre de 2015.

no se puede usar como legitimación del impedimento el ejercicio de la libertad de un tercero, cuya realización no se ve coartada.

3. Tanto en el contexto colombiano como el español, respetando las diferencias en los dos sistemas, es posible predicar que la libertad y la voluntad son aspectos imprescindibles en la formación de una familia. La fundación de esa institución por parte de tres personas es una manifestación clara del ejercicio al libre desarrollo de la personalidad, que va anclado al derecho fundamental a la dignidad humana. A pesar de que las regulaciones sean diferentes, las bases constitucionales de los dos países permiten incluir la trieja como una forma de familia válida, sin que se desnaturalice la institución, cuya protección se predica. Independientemente de la forma en que decida ser regulada (ya sea ampliándole la figura del matrimonio o aplicándole el régimen de las parejas de hecho o, incluso, creando unas reglas independientes y ajustadas a sus particularidades) su inclusión dentro del ordenamiento no vulnera ni desnaturaliza los preceptos constitucionales, sino que, por el contrario, permite ajustarlos a la realidad que se vive o empieza a vivir actualmente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Medina, S. (2014). El umbral de autonomía. La concepción relacional y la construcción de las opciones. En L. L. Hierro, *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto* (págs. 53-80). Madrid: Marcial Pons.
- (2018). *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez Pertus, A. (2011). Constitucionalización del derecho de familia. *Jurídicas CUC*, 7(1), 27-52.
- Acuña Guirola, S. (2003). Cuestiones actuales de derecho comparado. En G. García Morán, S. M. Mosquera Monelos, R. Corral García, & U. d. Derecho, *Cuestiones actuales de Derecho comparado : Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña* (págs. 225-234). A Coruña: Universidade da Coruña.
- Aguado Renedo, C. (2012). Familia, Matrimonio y Constitución Española. En G. Díez-Picazo Giménez, & L. Díez-Picazo, *Derecho de Familia* (págs. 77-103). Cizur Menor (Navarra): Civitas Thompson Reuters.
- Arenz, E. (25 de 05 de 2019). *Enrique Arenz*. Obtenido de Enrique Arenz: https://enriquearenz.com.ar/Libertad_un_sistema_de_frontera_moviles_Enrique_Arenz.pdf
- Benavente Moreda, P. (2013). Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo: la garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo (A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012). *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*(27), 327-353.
- Berlin, I. (1988 (1993)). Dos conceptos de libertad. En I. Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad* (págs. 187-243). Madrid: Alianza Editorial.
- Bernal Guzmán, Á. (2015). La familia como derecho humano LGBTI en Colombia. *Revista Prolégomenos Derechos y Valores*, 18(36), 29-46.
- Bernal Pulido, C. (Octubre de 2008). El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*(29), 97-120.

- Bernal, J. D. (1975). *La libertad de la necesidad. La ciencia y el hombre, la sociedad, las humanidades y las artes*. Madrid: Ayuso.
- Bobbio, N. B. (2003). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- Carter, I. (2010). Libertad negativa y positiva. *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*(10), 15-35.
- Casquet, N. (2 de Septiembre de 2017). Recuperado el 15 de Noviembre de 2019, de El País:
https://verne.elpais.com/verne/2017/08/08/articulo/1502200244_938854.html?id_externo_rsoc=TW_CM
- Catriona, M., & Stoljar, N. (2000). *Relational autonomy feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press.
- Cazorla Prieto, P. O. (2018). *Comentarios a la constitución española de 1978*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Christman, J. (2004). Relational autonomy, liberal individualism and the social constitution of selves. *Philosophical Studies*(117), 143-164.
- (2005). Autonomy, Self-Knowledge, and Liberal Legitimacy. En J. Christman, & J. Anderson, *Autonomy and The Challenges to Liberalism* (págs. 330-359). Cambridge: Cambridge University Press.
- (2007). Autonomy, history and the subject of justice. *Social Theory and Practice*, 1-26.
- (2014). Relational Autonomy and the Social Dynamics of Paternalism. *Ethic and Moral Prac*(17), 369-382.
- Cockburn, H. (11 de Abril de 2019). *The Independent*. Recuperado el 15 de Noviembre de 2019, de https://www.independent.co.uk/news/science/baby-three-parents-dna-ivf-greece-birth-science-a8864671.html?utm_medium=Social&utm_source=Twitter#Echobox=1554974761
- De Cal, L. (20 de Mayo de 2016). *El Mundo*. Obtenido de El Mundo:
<https://www.elmundo.es/cronica/2016/05/20/5737551dca4741f64e8b45e9.html>
- De la Cal, L. (20 de Mayo de 2016). Recuperado el 15 de Noviembre de 2019, de El Mundo:
<https://www.elmundo.es/cronica/2016/05/20/5737551dca4741f64e8b45e9.html>

- Escobar Delgado, R. (2017). El reconocimiento de las nuevas formas de familia en Colombia y su construcción jurídico-social. *Revista Diálogos de Saberes*, 46, 143-159.
- Espín Alba, I. (2005). El matrimonio y las uniones homosexuales. *Dereito*, 14(2), 41-66.
- Ferrajoli, L. (2008). Libertades en el tiempo del neoliberalismo. *Isonomía*(29), 81-95.
- Frankfurt, H. G. (1971). Freedom of the will and the concept of a person. *The Journal of Philosophy*, 68(1), 5-20.
- Gaus, G. F. (2005). The Place of Autonomy within liberalism. En J. Christman, & A. Joel, *Autonomy and the challenges to liberalism new essays* (págs. 272-303). Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press.
- Gaus, G. F. (2005). The Place of Autonomy within Liberalism. En J. Christman, *Autonomy and the Challenges to Liberalism* (págs. 272-306). Cambridge: Cambridge University Press.
- Guío Camargo, R. E. (Diciembre de 2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Studiositas*, 4(3), 65-81.
- Hernández Ibañez, C. (2007). Cambio revolucionario en España en una institución milenaria: del matrimonio heterosexual al matrimonio homosexual. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 121-147.
- infobae. (23 de Abril de 2015). *infobae*. Recuperado el 25 de 06 de 2020, de infobae: <https://www.infobae.com/2015/04/23/1724315-anotaron-al-primer-bebe-triple-filiacion-la-argentina/>
- Jaquet, C. (2018). La paradoja de una libertad de pensar sin una libertad de actuar en el Estado. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*(39), 213-225.
- Marcos Criado, d. D. (2003). NORBERTO BOBBIO, Teoría General de la Política. *Teoría y realidad constitucional*, 678-685.
- Martín Sánchez, M. (2016). Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 219-253.
- Martín, C. (19 de Marzo de 2017). *El Mundo*. Recuperado el 25 de Enero de 2020, de <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/19/58cd7eb7468aeb364f8b45e5.html>

- Martínez López-Muñiz, J. L. (2000). La familia en la constitución española. *Revista Europea de Derecho Constitucional*(58), 11-43.
- Martínez Torío, A. (2017). El poliamor a debate. *Revista Catalana de Dret Privat [Societat Catalana d'Estudis Jurídics]*, 17, 75-104.
- Mata de Antonio, J. M. (Febrero de 2002). Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? *Acciones e investigaciones sociales*, 14, 183-251.
- McGill-Rutherford, E. (2015). *Feminism, Liberalism, and Relational Autonomy (Dissertation)*. Nashville, Tennessee: Graduate School of Vanderbilt University.
- Meyers, D. (2014). Feminism and Sex Trafficking: Rethinking Some Aspects of Autonomy and Paternalism. *Ethical Theory and Moral Practice*, 17(3), 427-441.
- Meyers, D. T. (2001). The Rush to Motherhood: Pronatalist Discourse and Women's Autonomy. *Signs*, 26(3), 735-773.
- Mill, J. S. (2003). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Mundo, E. (20 de Mayo de 2016). *El poliamor sale del armario*. Recuperado el Mayo de 2019, de El Mundo:
<https://www.elmundo.es/cronica/2016/05/20/5737551dca4741f64e8b45e9.html>
- Muñoz Machado, S. S.-H.-S. (2018). *Comentario mínimo a la Constitución española*. Barcelona: Crítica.
- Nanclares Valle, J. (2015). Convivencia entre personas del mismo sexo e interés público en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos Humanos. *Persona y Derecho*(72), 109-132.
- NBC News. (19 de Junio de 2017). *NBC News*. Recuperado el 25 de Enero de 2020, de <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/modern-family-more-courts-allowing-three-parents-one-child-n774031>
- Nedelsky, J. (1989). Reconceiving Autonomy. *Yale Journal of Law and Feminism*, 1, 7-36.
- North, R. G. (12 de 02 de 2013). *The Friedrich Naumann Foundation for Freedom*. Recuperado el 16 de mayo de 2019, de The Friedrich Naumann Foundation for Freedom: <https://la.fnst.org/content/la-libertad-en-el-mundo-moderno>
- Olano García, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Vniversitas*, 53(108), 571-602.

- Páez Ramírez, M. (2013). La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. *Revista Derecho del Estado*(31), 231-257.
- Pérez Estupiñán, M. I., Guevara Vargas, W., & Ariza García, J. A. (2013). Unión marital de hecho: análisis jurisprudencial desde el derecho a la igualdad para los compañeros permanentes. *DIXI*, 15(17), 89-101.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Reina, L. (14 de Octubre de 2018). Recuperado el 16 de Noviembre de 2019, de El Tiempo: <https://www.eltiempo.com/cultura/gente/que-es-el-poliamor-y-como-se-afrontan-las-relaciones-280962>
- Revista SEMANA. (6 de Noviembre de 2017). *Los tres maridos*. Recuperado el Mayo de 2019, de Revista SEMANA: <https://www.semana.com/nacion/articulo/medellin-pareja-de-tres-formaliza-su-union-trieja-ante-notario/528324>
- Roca Trías, E. (2006). Familia y Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*(10), 207-228.
- Russell, B. (1931). La libertad dentro de la sociedad. En B. Russell, *Ensayos de un escéptico* (págs. 188-204). Madrid: Aguilar.
- Skinner, Q. (2009). Reply. *Hobbes Studies*, 22(2), 199-207.
- Torres Gutiérrez, A. (2009). El derecho a contraer matrimonio. En J. García Roca, & P. C. Santolaya, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (págs. 691-707). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Veltman, A., & Piper, M. (. (2014). *Autonomy, Oppression, and Gender*.

Jurisprudencia Colombiana

- Corte Constitucional. Sentencia C-014/98 de 4 de febrero de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-075/07 de 7 de febrero de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-098/96 de 7 de marzo de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-193/16 de 20 de abril de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-238/12 de 22 de marzo de 2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-257/15 de 6 de mayo de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-271/03 de 1 de abril de 2003. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-278/14 de 7 mayo de 2014. M. P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-577/11 de 26 de julio de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-814/01 de 2 de agosto de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-1035/08 de 22 de octubre de 2008. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia SU-214/16 de 28 de abril de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional T-097/1994 de 7 de marzo de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional T-268/00 de 7 de marzo de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional T-292/06 de 6 abril de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional T-472/96 de 24 de septiembre de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional T-478/15 de 3 de agosto de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional T-574/16 de 20 de octubre de 2016. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. Sentencia T-593/93 de 17 de julio de 1993. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia T-605/92 de 14 de diciembre de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-881/02 de 17 de octubre de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T-909/11 de 1 de diciembre de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia T-932/08 de 19 de septiembre de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-999/00 de 2 de agosto de 2000. M. P. Fabio Moron Diaz.

Jurisprudencia Española y Europea

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 45/1989 de 20 de febrero, publicado en BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1989, pág. 44 a 56.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 222/1992 de 11 de diciembre. Publicado en BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993, pág. 26 a 37.

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 47/1993, de 8 de febrero. Publicado en BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1993, pág. 47 a 55.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 198/2012, de 6 de noviembre. Publicado en BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012, pág. 168 a 219.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 32/1981, de 28 de julio. Publicado en BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 17/1985, de 9 de febrero. Publicado en BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1985.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 89/1993, de 12 de marzo. Publicado en BOE núm. 90, de 15 de Abril de 1993.

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 341/1993, de 18 de noviembre. Publicado en BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1993.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 29/1995, de 6 de febrero. Publicado en BOE núm. 59, de 10 de marzo de 1995.

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 298/2000, de 11 de diciembre. Publicado en BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Schalk y Kopf contra Austria. Sentencia de 24 de junio de 2010. SETDH, Demanda No. 30141/04.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Elsholz contra Alemania, núm. 25735/94, TEDH 2000-VIII.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Keegan contra Irlanda. Serie A Núm. 290. Sentencia de 26 de mayo de 1994. TEDH 1994,21.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Johnston y otros contra Irlanda. Serie A núm. 112. Sentencia de 18 de diciembre de 1986. TEDH 1986,16.