

Sentencia C-482/03

FAMILIA-Núcleo fundamental de la sociedad/FAMILIA-Origen

ESTADO-Deber jurídico de protección integral de la familia

FAMILIA-Fundamento de las relaciones entre sus integrantes

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-No desconocimiento por pertenecer a una familia

MATRIMONIO-Ley civil establece las normas que lo regulan

LEGISLADOR-Facultad de establecer las causales de nulidad del matrimonio civil

ADOPCIÓN-Relación jurídica de parentesco

En virtud de la adopción surge, con todas sus consecuencias, una relación jurídica de parentesco entre el adoptado y quien lo adopta y los parientes consanguíneos o adoptivos de este, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 del Código del Menor, norma que guarda estrecha relación en este aspecto con lo dispuesto por el artículo 42 de la Carta Política que establece la igualdad de derechos y deberes de los hijos adoptivos con los habidos en el matrimonio o fuera de él, o con los procreados naturalmente o con asistencia científica.

NORMA ACUSADA-Vulneración del derecho a la igualdad

PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL DERECHO-Aplicación

Así ante situaciones fácticas iguales, se asigna la misma consecuencia jurídica. Frente a una norma legal anterior a la expedición de la Constitución Política de 1991, se hace descender el derecho a la igualdad establecido por el artículo 13 de la Carta, para darle una nueva interpretación a la legislación preexistente. Es decir, se hace una interpretación de esta última conforme a la Constitución. Esa integración se impone en virtud de la unidad del sistema jurídico como un todo, que no sólo condiciona la validez de las normas jurídicas inferiores a la Carta Política como ley de leyes, como “norma normarum” conforme lo establece el artículo 4º de ella, sino que, además, realiza el principio según el cual la Constitución se irradia sobre toda la legislación de rango inferior.

Referencia: expediente D-4365

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral once (11) parcial del artículo 140 del Código Civil Colombiano.

Demandante: Claudia Dalida Blanco Reyes

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D. C., once (11) de junio de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Claudia Dálida Blanco Reyes, demandó el numeral once (11) parcial del artículo 140 del Código Civil Colombiano, "Causales de Nulidad" del matrimonio.

2. El magistrado doctor Jaime Araujo Rentería, a quien por reparto correspondió actuar como sustanciador en este proceso, presentó proyecto de sentencia a consideración de la Sala Plena, la cual en sesión de 11 de junio de 2003 no le impartió aprobación, razón esta por la cual pasó el expediente al despacho del magistrado que sigue en turno en orden alfabético.

3. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial # 7019 del miércoles 20 de abril de 1887, y se subraya y resalta el aparte acusado:

"Código Civil

Título V

De la nulidad del matrimonio y sus efectos

Artículo 140. Causales de Nulidad

El matrimonio es nulo y sin efectos en los casos siguientes:

(...)

11. Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante."

Considera la demandante que la norma acusada en forma parcial no es consecuente con los términos de la equidad e igualdad, consagrados en el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana, dado que en el mismo no se hace extensa la prohibición al hombre que fue esposo de la adoptante de contraer matrimonio con la hija adoptiva.

Los argumentos del actor se resumen a continuación:

1- En su criterio, en la norma acusada se hace evidente que a la mujer se le está

restringiendo en su “calidad de género”, su libertad para escoger cónyuge cuando el Legislador le “aplica solo a la mujer que fue esposa del adoptante la nulidad del matrimonio”.

Manifiesta la actora que el Legislador “obvió al hombre que es esposo de la adoptante en la ya citada nulidad” colocando a la mujer en una situación desigual frente al hombre y vulnerando así el artículo 13 de la Constitución Política.

2- Así mismo, considera la demandante que “Ya en épocas pasadas se había corregido este yerro normativo, cuando se le dio plena (sic) aplicabilidad a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Sin embargo se hace necesaria abolirlas de nuestro ordenamiento jurídico”.

Subsiguientemente, anota la demandante que en la Ley 51 de 1981 la República de Colombia se adhirió a la Convención Internacional sobre Discriminación de la Mujer y cita así su artículo primero:

“ a los efectos de la siguiente Convención la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer...”

Finalmente, la demandante solicita se declare inexecutable la parte demandada del artículo 140 del Código Civil, por considerar que no existe razón válida que sostenga el presupuesto por el cual se constituye una nulidad matrimonial, por el simple hecho del matrimonio ser celebrado entre la mujer que fue esposa del adoptante con el hijo adoptivo de éste y no la del hombre que fue esposo de la adoptante con la hija adoptiva de ésta. Dicha medida, se considera violadora de las normas citadas anteriormente, así como con los postulados que la Constitución consagra para equiparar en derechos a los hombres como a las mujeres.

IV. INTERVENCIÓN CIUDADANA

1. Universidad Santo Tomás

La ciudadana Vilma Moreno Díaz intervino en el proceso en nombre de la Universidad Santo Tomás con el objeto de analizar si la norma demandada contraviene o no la Constitución Nacional. En principio al analizar la vigencia de la norma demandada, la ciudadana cita las siguientes normas: Decreto 1972/33, Ley 8ª/22, Decreto 1260/70, decreto 2820/74, Ley 1ª/76, Ley 51/81, Decreto 1398/90, así como los artículos 13, 16, 19, y 42 de la Constitución Política y 236 numeral 4º del Código Sustantivo del trabajo; con el fin de demostrar que hoy día en el derecho colombiano no existe inferioridad jurídica entre hombres y mujeres.

Consecuentemente, se trata el tema de la adopción dado que la norma demandada hace referencia directa a este asunto. Se considera que el parentesco que surge de la adopción se equipara por mandato legal al de consanguinidad y que el numeral 11 del artículo 140 del Código Civil debe entenderse en relación directa con el numeral 9º. Es decir, la causal de nulidad contenida en el numeral demandado del citado artículo, es una prohibición legal de

contraer matrimonio para quienes gozan del parentesco civil estipulado por los mencionados numerales. Se considera así, que el Legislador en desarrollo de la “interpretación autentica” es el llamado a establecer dicha prohibición de manera extensiva al hombre que fue esposo de la adoptante.

Por último y en concordancia con lo anteriormente expuesto, la ciudadana solicita a la Corte Constitucional que a pesar del control constitucional y de poder declarar inexecutable el aparte de la norma demandada con fundamento en el derecho a la igualdad de la mujer, se mantenga la norma como esta, pero su interpretación se haga extensiva al hombre.

V. INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES PÚBLICAS.

1. Ministerio de Justicia y del Derecho

La ciudadana Ana Lucía Gutiérrez Guingue, actuando como apoderada del Ministerio de Justicia y del Derecho, intervino en el proceso para solicitar a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del aparte acusado contenido en el numeral 11 del artículo 140 del Código Civil.

Como sustento de su petición, sostuvo la interviniente que la igualdad se traduce en un derecho a que no se configuren privilegios o exclusiones a determinadas personas por “razón de sexo, origen, etc”. Así mismo señala que el mandato constitucional es claro al destacar la prohibición de cualquier tipo de discriminaciones. Esta última es un concepto distinto al de la diferenciación, el cual busca privilegiar a un sector en aras de corregir desigualdades de hecho que existen entre los seres humanos.

(...)

Hombre y mujer gozan de los mismos derechos y prerrogativas y están obligados por sus deberes en igual forma a la luz de la Constitución, pues ninguno de los dos sexos puede ser calificado de débil o subalterno para el ejercicio de los primeros ni para el cumplimiento de los segundos, ni implica “per se” una posición de desventaja frente al otro. La pertenencia al sexo masculino o al femenino tampoco debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse ante sus normas en inferioridad de condiciones. De allí que sean inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones soportadas única y exclusivamente en ese factor. El concepto de la igualdad debe ser comprendido y aplicado en el contexto de la realidad, razón por la que, su alcance no puede obedecer a criterios absolutos que desconozcan el ámbito dentro del cual están llamadas a operar las normas jurídicas.”

Para finalizar se reitera la innecesariedad de la diferenciación entre hombres y mujeres para efectos de nulidad del matrimonio, la representante del Ministerio solicita que se mantenga la exequibilidad de la norma acusada pero de manera condicionada a la interpretación extensiva de la norma. Lo anterior con base en que de declararse la nulidad del aparte acusado del artículo 140 del Código Civil, se excluiría la posibilidad de declarar nulo el matrimonio de la mujer o el hombre que fue esposa o esposo del adoptante.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 3139, solicita a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifiesta el Procurador que la causal de nulidad contenida en el artículo 14 numeral 11 del Código Civil, debe hacerse “ a la luz de la finalidad misma del contrato matrimonial, como de las nulidades que el legislador consagró frente a éste, para determinar si la causal prevista en la preceptiva atacada es proporcional a dicha finalidad.”

Es por ello que el Procurador analiza al matrimonio, consagrado en el artículo 113 del Código Civil, y concluye que para que este sea válido ha de estar precedido de fines lícitos y no viciado de nulidad alguna. En cuanto a la nulidad, se hace referencia a las causales que pueden generarla y se afirma que son taxativas y de interpretación restrictiva, lo cual descarta una interpretación analógica en razón de su naturaleza punitiva.

Dicho lo anterior, el Procurador comparte los argumentos expuestos por la ciudadana demandante dado que contraviene el Ordenamiento Superior, y expresa las razones de su adhesión. Primeramente, considera que la norma objeto de la demanda estableció un trato discriminatorio injustificado, irrazonable y desproporcional, entre la ex esposa del adoptante y el que fue esposo de la adoptante, dando validez a éste último a la luz de la legislación civil.

Explica el Procurador que el sentir que el legislador plasmó en la norma, fue el de proteger la filiación que surge de la institución de la adopción, dado que de allí surgen derechos y obligaciones entre los padres adoptantes y los hijos adoptivos en igualdad de circunstancias que en el parentesco legítimo. Esta fue la razón por la cual se hizo extensiva la prohibición de contraer nupcias entre los ex cónyuges de los padres adoptantes y los hijos adoptados; pero la norma no hizo extensiva del todo la prohibición mencionada, ya que solo cobijó a la ex esposa del padre adoptante y no al ex esposo. Es así como, no encuentra el Procurador la lógica del tratamiento desigual por razón de sexo, máxime cuando la Constitución prohíbe dicha discriminación.

En consecuencia, no resulta consecuente ni razonable mantener dicha situación discriminatoria. Afirma el Procurador que “para que la norma se mantenga en el ordenamiento jurídico, se hará imperioso su declaratoria de constitucionalidad condicionada, bajo el entendido que el matrimonio también será nulo cuando se celebre entre el ex cónyuge de la madre adoptante y la hija adoptiva de está”.

Además de lo anterior, el Procurador considera que el aparte acusado coarta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que al establecer la tan mencionada prohibición para la mujer, es facultar al hombre para que pudiese contraer válidamente matrimonio con la hija adoptiva, “lo cual permite el ejercicio del derecho fundamental en consideración, mientras que a la mujer no”.

Por último, el Jefe del Ministerio Público solicita a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “o la mujer que fue esposa del adoptante” contenido en el

numeral 11 del artículo 140 del Código Civil, bajo el entendido que también será nulo el matrimonio que se celebre entre el ex cónyuge de la madre adoptante y la hija adoptiva de ésta.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución, corresponde a esta Corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra una disposición que forma parte de una ley de la República.

2. Planteamiento del problema

Corresponde a la Corte determinar si la disposición demandada vulnera el principio de igualdad al permitir declarar nulo el matrimonio celebrado entre la mujer que fue esposa del adoptante y el hijo adoptivo, más no el contraído entre el ex cónyuge de la mujer adoptante y la hija adoptiva de ésta.

3. Advertencia previa

Dado que la demandante acusa la disposición cuya inexecutable pretende sea declarada, sólo por presunta violación del derecho a la igualdad, al análisis de ese cargo se contrae la sentencia que se proferirá por la Corte.

4. El matrimonio, la constitución de la familia y la nulidad del matrimonio civil

4.1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 42 de la Carta Política el Estado Colombiano afirma que la familia “es el núcleo fundamental de la sociedad”.

A partir de ese reconocimiento establece que a ella puede darse origen ya sea por “vínculos naturales o jurídicos”. Es decir, por la libre decisión “de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

4.2. Acorde con lo expuesto, el citado artículo 42 de la Constitución Política impone al Estado el deber jurídico de protección integral de la familia y establece que las relaciones entre sus integrantes tienen como fundamento no sólo la igualdad de derechos y deberes de la pareja sino, además el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

De esta suerte, por ministerio de la Constitución ha de garantizarse en el ordenamiento jurídico colombiano, en todas las circunstancias, el respeto a la libertad individual de los miembros de la familia, es decir, queda proscrita toda forma de ejercicio arbitrario de autoridad que cercene el derecho a actuar sin más límites que los que imponga el orden jurídico o los derechos de las demás personas, pues la pertenencia a una familia en nada desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad que se garantiza por el artículo 16 de la Carta Política.

4.4. Conforme a la citada disposición constitucional es a la ley civil a la que corresponde establecer las normas que regulen lo atinente a las formalidades para contraer el

matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, así como lo atinente a los derechos y deberes de los cónyuges, las reglas aplicables a su separación, a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio o por otras causas.

4.5. Bajo este criterio, tratándose del matrimonio civil corresponde entonces al legislador establecer las causales de nulidad del mismo. Por ello, el artículo 140 del Código Civil las instituye, en ejercicio de la potestad de configuración de las leyes que corresponde al Congreso de la República de conformidad con las atribuciones que a él le confiere el artículo 150, numeral 2º de la Carta Política vigente y que antes le otorgaba el artículo 76 de la Constitución precedente.

5. Análisis de constitucionalidad del artículo 140 numeral 11 del Código Civil

5.1. El artículo 140 del Código Civil preceptúa que “el matrimonio es nulo y sin efectos”, entre otros casos, en la hipótesis prevista en su numeral 11, a saber: “cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante”, expresión esta última cuya inexecutable se impetra declarar por la ciudadana demandante por considerarla discriminatoria con respecto a las mujeres y, en consecuencia, violatoria del derecho a la igualdad.

5.2. Como se ve, no es la institución de la adopción frente a la Constitución lo que en este proceso se discute. Por el contrario, a partir del reconocimiento de ella para la protección del interés superior del menor, lo que ahora corresponde a la Corte es analizar si existe o no quebranto del derecho a la igualdad por haberse establecido por la ley que es causal de nulidad del matrimonio civil el contraerlo un hombre que fue adoptado por otro, con “la mujer que fue esposa del adoptante”.

5.3. Es claro para la Corte que en virtud de la adopción surge, con todas sus consecuencias, una relación jurídica de parentesco entre el adoptado y quien lo adopta y los parientes consanguíneos o adoptivos de este, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 del Código del Menor, norma que guarda estrecha relación en este aspecto con lo dispuesto por el artículo 42 de la Carta Política que establece la igualdad de derechos y deberes de los hijos adoptivos con los habidos en el matrimonio o fuera de él, o con los procreados naturalmente o con asistencia científica.

Siendo ello así, no existe entonces dificultad alguna en relación con el establecimiento de causal de nulidad del matrimonio celebrado entre el padre adoptante y la hija adoptiva o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, como quiera que ellos se encuentran en el mismo grado de parentesco del hijo o hija o su progenitor o progenitora ligados por el parentesco de consanguinidad en primer grado.

5.4. La dificultad se advierte en el establecimiento por el legislador como causal de nulidad del matrimonio, cuando este hubiere sido contraído entre el hijo adoptivo y “la mujer que fue esposa del adoptante”, pero no en la hipótesis contraria. Es decir cuando el matrimonio se hubiere celebrado entre la hija adoptiva y el hombre que fue cónyuge de la madre adoptante de aquella.

5.5. Si por razones de política legislativa la ley estima que una forma de protección de la familia, es la sanción de nulidad para el matrimonio celebrado en la primera de las hipótesis a que se ha hecho alusión, mediante la cual se excluye de validez el matrimonio civil celebrado entre el varón hijo adoptivo de otro y la cónyuge de este último, no se encuentra ninguna razón de orden jurídico para asignarle validez al matrimonio que celebre quien fue cónyuge de la mujer adoptante con la hija adoptiva de ésta.

Ello, con absoluta claridad establece una desigualdad de trato para situaciones idénticas. La misma relación que existe entre el padre adoptante y el hijo adoptivo, existe entre la madre adoptante y la hija adoptiva. E igualmente son matrimonios el contraído entre el hijo adoptivo de un varón y la mujer que fue esposa del adoptante, como el celebrado entre la hija adoptiva de una mujer y el hombre que fue marido de ésta.

5.6. Siendo ello así, podría entonces concluirse que la norma que ahora se analiza es contraria la Constitución por cuanto rompe por completo con la regla de derecho según la cual ante circunstancias iguales de hecho se impone la misma solución de derecho, que es manifestación del derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política. Desigualdad de trato que en este caso concreto no tiene ningún fundamento distinto al de establecer una notoria discriminación por razón del sexo a que pertenezcan los contrayentes del matrimonio.

5.7. Así las cosas, una posible solución para resolver el conflicto de validez de la expresión acusada del numeral 11 del artículo 140 del Código Civil con la Constitución Política, sería la de retirarla del ordenamiento jurídico. Esto significaría, entonces, que sería válido el matrimonio celebrado entre el hijo adoptivo y la mujer que fue esposa del adoptante.

Con todo, aplicando el principio de la conservación del derecho, no es esa la decisión que resultaría acorde con la Carta Política para preservar el derecho a la igualdad a que se ha hecho referencia, pues este queda satisfecho si se extiende la norma acusada a la hipótesis no contemplada en ella, es decir a la causal de nulidad del matrimonio celebrado entre la hija adoptiva y el varón que fue esposo de la madre adoptante de aquella. Así ante situaciones fácticas iguales, se asigna la misma consecuencia jurídica. Frente a una norma legal anterior a la expedición de la Constitución Política de 1991, se hace descender el derecho a la igualdad establecido por el artículo 13 de la Carta, para darle una nueva interpretación a la legislación preexistente. Es decir, se hace una interpretación de esta última conforme a la Constitución. Esa integración se impone en virtud de la unidad del sistema jurídico como un todo, que no sólo condiciona la validez de las normas jurídicas inferiores a la Carta Política como ley de leyes, como “norma normarum” conforme lo establece el artículo 4º de ella, sino que, además, realiza el principio según el cual la Constitución se irradia sobre toda la legislación de rango inferior.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión, “o la mujer que fue esposa del adoptante;”, contenida en el numeral 11 del artículo 140 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que la causal de nulidad aquí prevista se extiende al matrimonio contraído entre la hija adoptiva y el hombre que fue esposo de la adoptante.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-482/03

MATRIMONIO-Consagración como derecho fundamental en el derecho interno y en el internacional (Salvamento de voto)

MATRIMONIO Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Unica restricción

constitucionalmente justificable (Salvamento de voto)

NORMA ACUSADA-Circunstancias en las que la prohibición de contraer matrimonio es inconstitucional (Salvamento de voto)

Podemos afirmar que la prohibición de matrimonio entre el hijo adoptivo y la mujer que fue esposa del adoptante es inconstitucional si no ha existido convivencia y relaciones materno filiales durante el tiempo que la mujer fue esposa del adoptante. Y también sería inconstitucional la prohibición de matrimonio entre la hija adoptiva y el hombre que fue esposo de la adoptante si no existió convivencia ni relaciones paterno filiales.

Referencia: expediente D-4365

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral once (11) parcial del artículo 140 del Código Civil Colombiano.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corporación, me permito salvar el voto, por las siguientes razones:

La sentencia olvida examinar el supuesto fundamental de la norma que fue encontrada constitucional y que fue planteado por el suscrito en el debate que se suscito en la Sala Plena y que es la *condictio sine qua non* de la constitucionalidad tanto de la norma original como de la norma que resulta después de la sentencia que se dicta.

El tema básico, para definir la constitucionalidad de la norma es la existencia del derecho fundamental al matrimonio. La regla general es que existe un derecho fundamental al matrimonio y la excepción es que no se pueda contraer matrimonio (o lo que es lo mismo para estos efectos, que sea nulo).

El derecho fundamental al matrimonio no sólo esta consagrado en el artículo 42 de la Constitución sino que lo esta también en el artículo 16 numerales primero y segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, en los numerales segundo y tercero del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en los numeral segundo y tercero del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No sobra recordar que estos tres instrumentos de derecho internacional forman parte del bloque de constitucionalidad.

Determinado que hay un derecho fundamental al matrimonio, garantizado en el derecho interno y en el derecho internacional y que la excepción a esa regla requiere una justificación, tanto de racionalidad como de carga argumentativa, y que de carecer de ellas sería inconstitucional, independientemente de que excluya al hombre o a la mujer, o ambos, ya que la regla general es que ninguno puede ser excluido del derecho fundamental al matrimonio.

Sólo después que se analiza la base del edificio (en este caso el derecho fundamental al

matrimonio) es que se puede analizar el techo del mismo, o sea el tema de la igualdad.

La sentencia entra a examinar el tema de la igualdad, sin haber examinado previamente si la norma viola el derecho fundamental a contraer matrimonio y por pretermitir ese análisis, el análisis de esa premisa, llega a una conclusión que puede ser equivocada.

El supuesto normativo demandado deja claramente establecido que no existe ninguna relación de parentesco de consanguinidad, ni civil entre el hijo adoptivo y la mujer que fue esposa del adoptante. Siendo esto así, en principio no se les debería limitar su derecho fundamental al matrimonio, pues esta limitación implicaría también la vulneración de otro derecho fundamental, al libre desarrollo de la personalidad de quien ha decidido casarse sin que entre ellos exista vínculo de consanguinidad o civil.

La única restricción a esos dos derechos fundamentales (matrimonio y libre desarrollo de la personalidad), constitucionalmente justificable es que hubieran convivido entre ellos, dentro del mismo hogar, cuando todavía la mujer era esposa del padre adoptivo y con el fin de evitar que la anterior familia se destruyera y que surja una nueva entre la mujer y el hijo de su cónyuge; pues esto sería tanto, como crear una nueva familia, sacrificando la anterior familia.

En cambio cuando uno de los dos cónyuges se casa con el hijo adoptivo del otro excónyuge, que no estuvo nunca en ese núcleo familiar, con el cual no convivió jamás ni tuvo trato de madre e hijo, ni existieron relaciones materno o paterno filiales entre el respectivo excónyuge y el adoptivo, la prohibición sería inconstitucional pues vulnera el derecho fundamental al matrimonio y al libre desarrollo de la personalidad de ambos cónyuges.

En síntesis podemos afirmar que la prohibición de matrimonio entre el hijo adoptivo y la mujer que fue esposa del adoptante es inconstitucional si no ha existido convivencia y relaciones materno filiales durante el tiempo que la mujer fue esposa del adoptante.

Y también sería inconstitucional la prohibición de matrimonio entre la hija adoptiva y el hombre que fue esposo de la adoptante si no existió convivencia ni relaciones paterno filiales.

Sólo después de haber hecho este análisis, es que podría hacerse el juicio de igualdad.

A pesar de haber hecho estas advertencias a la Sala, de la falta de análisis del problema previo y que la Corte de manera errada eludió generando confusión, es que me veo precisado a salvar el voto.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

1 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.