

DIÁLOGO BIOÉTICO Y DEL BIODERECHO EN TORNO A LA CONFORMACIÓN Y NATURALEZA BIOJURÍDICA DE LA FAMILIA HOMOPARENTAL EN COLOMBIA*

Bioethical and biolaw dialogue on the
conformation and biojuridic nature of
the homoparental family in Colombia

Amparo de Jesús Zárate Cuello
Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá)

EL PRESENTE ARTÍCULO ES DERIVADO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN HUM.
1898/2015, FINANCIADO POR LA VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIONES DE LA UMNG.

AMPARO DE JESÚS ZÁRATE CUELLO

ABOGADA, DOCTORA EN DERECHO UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, PROFESORA INVESTIGADORA. DOCTORADO EN BIOÉTICA UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA. AMPARO.ZARATE@UNIMILITAR.EDU.CO

RESUMEN

En el presente artículo, se busca evidenciar los discursos bioéticos y reflexiones del bioderecho en torno a la conformación y naturaleza biojurídica de las parejas homosexuales, establecer las implicaciones que tendría la configuración de familias homoparentales y los alcances de las políticas de diversidad sexual igualitaria presentes en Colombia con la naturaleza biojurídica de la estructura de estos paradigmas experimentales a la luz del bioderecho, la bioética y la biopolítica pública en Colombia. Asimismo, se examina dentro del ordenamiento jurídico, que se dinamiza en el siglo XXI denominado de la ciencia y la biotecnología ante la confluencia de la creación de estos nuevos modelos familiares con la participación de la fecundación asistida como fin último de estas alianzas afectivas multiculturales, en la equiparación del modelo familiar nuclear.

Palabras clave: familias homoparentales, bioética, biojurídica, biopolítica pública, bioderecho.

ABSTRACT

In the present article, it is sought to highlight the bioethical discourses and reflections of the biolaw on the conformation and biojuridic nature of the homosexual couples; establish the implications that the configuration of homoparental families would have, as well; the scope of the policies of egalitarian sexual diversity present in Colombia with the bio-juridical nature of the structure of these experimental paradigms in the light of biolaw, bioethics and public biopolitics in Colombia. Likewise, it is examined within the legal system, which is dynamized in the 21st century called of science and biotechnology before the confluence of the creation of these new family models with the participation of assisted fertilization, as the ultimate goal of these affective alliances multicultural, in the comparison of the nuclear family model.

PALABRAS CLAVE: Homoparental families, bioethics, biojuridics, public biopolitics, biolaw.

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos remotos hablar de familia hace referencia a la partícula originaria o la unidad primaria de la sociedad, entendida como la interacción y convivencia entre individuos de un grupo que tiene algún parentesco (por consanguinidad o alianza) y unos fines comunes que se establecen de acuerdo con los preceptos culturales ortodoxos o conservadores que determinan la forma del cumplimiento de estos objetivos.

Según Moliner (s. f.), siglo tras siglo las familias han desarrollado diversas maneras de relacionarse basadas en el tipo de vínculo que se haya establecido, conyugales o de parentesco, sin descartar las formas artificiales como la adopción, el prohijamiento, la servidumbre o el vasallaje, entre otras. Los anteriores vínculos no han sido ajenos a la influencia de las condiciones y los preceptos socio-culturales de cada época, por lo que han contribuido a perfilar los contornos del grupo familiar de acuerdo con los contextos específicos de cada tiempo; a pesar de ello, se han preservado ciertas características que han permitido consolidar la esencia misma de la familia y la han dotado de ese sentido último: “Ser el espacio natural de generación, cuidado, educación y socialización de los nuevos seres humanos. La relación entre familia e infancia es un dato esencial para la sociología y para el Derecho” (p. 59).

El concepto de *familia* ha sufrido diversas transformaciones y cambios, donde se han añadido nuevos elementos, variables y tipos de relaciones que amplían el espectro de lo que tradicionalmente se entendía por esta. Por ello, el estudio de la familia no se puede realizar desde la óptica de una sola ciencia o disciplina, sino que se hace necesario que se integren para entender su conformación, interrelación, desarrollo y transformación, así como su papel funcional en las sociedades modernas. Habida consideración de que el siglo XXI se ha caracterizado por la expresión del multiculturalismo donde la diversidad sexual se extiende en lo atinente a la transformación de la familia y la conformación de la denominada homoparental.

El objetivo del presente artículo es el análisis, desde el ordenamiento jurídico, jurisprudencial y doctrinal, de las diferentes visiones que se consolidan alrededor de la familia, con el propósito de dilucidar su evolución, con enfoque metodológico cualitativo y método empírico analítico, desde la mirada bioética personalista y utilitarista. Se abordan los nuevos modelos de familia homoparentales introduciéndose la aplicación de la técnica de hijos con asistencia científica como la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Desde las declaraciones de la biojurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y la biopolítica pública referente a estos nuevos modelos familiares homoparentales, se precisa la polarización del tema ante el plexo normativo constitucional que señala taxativa y consuetudinariamente como modelo de esta institución, de donde surge la sociedad y el Estado, a la familia nuclear.

VISIONES EN TORNO A LA FAMILIA

La familia tiene un papel protagónico como núcleo esencial y expresión primera y fundamental de la naturaleza del ser humano. Históricamente, su estructura de organización ha dado lugar a la conformación de las sociedades y los Estados, cuya institución permite la preservación de la esencia de la vida, la condición humana y, de acuerdo con su establecimiento geográfico, la adaptación con su entorno y la capacidad de aptitud al cambio. Así, consolida y teje las relaciones que afianzan los lazos no solo afectivos y de apoyo en todas sus connotaciones, sino de sentido de identidad.

También cabe resaltar las funciones biológicas que prestan las familias en primera instancia, donde se lleva a cabo la perpetuación de la especie en un doble sentido: como multiplicación del número de individuos y la forma de regulación de las obligaciones de los progenitores, alineado con el aseguramiento de la supervivencia. Bien afirma Nodarse (1985) que la asistencia familiar es sumamente importante durante las etapas iniciales del ser humano (resaltando que son casi los primeros 10 a 15 años de vida), puesto que

el hombre es el más desvalido de los animales en el momento de su nacimiento y en gran parte de su infancia [...] de aquí que la familia resulte una institución biológica indispensable para la supervivencia del infante humano y, por lo tanto, de la especie misma. (p. 32)

La visión clásica de familia corresponde, principalmente, a las relaciones de parentesco, que se catalogan en unipersonal,¹ nuclear, monoparental y extensa (Rodríguez y Luengo, 2003). Del mismo modo, la familia nuclear es la compuesta por padre, madre e hijos nacidos dentro de la unión (sin importar si es matrimonio por algún rito, unión civil o libre, esta aclaración también se aplica para las demás tipologías). La extendida contempla los lazos familiares más amplios como tíos, primos, abuelos, entre otros, y es la reunión de varias generaciones.

Dentro de los nuevos modelos de familia, el espectro se amplía y comienza con la familia ensamblada simple (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [Unicef], 2003), la cual corresponde a la integrada por una pareja donde solo uno de los cónyuges tiene hijos, y con la familia ensamblada compleja que obedece a cuando los cónyuges tienen hijos de parejas anteriores. Por otro lado, también están las familias homoparentales constituidas por parejas del mismo sexo, eje central de este artículo.

VISIÓN PERSONALISTA DEL MODELO DE FAMILIA

La bioética personalista, según Sgreccia (1994), catalogado como el padre de la bioética personalista, es la que está en defensa de la vida física, basada en una visión antropológica:

No se podrá prescindir de una antropología de referencia, dentro de la cual el valor de la vida física corpórea, del amor conyugal y de la procreación, del dolor y de la enfermedad, de la muerte y del morir, de la relación libertad-responsabilidad, individuo y sociedad, encuentren su propio marco y su valoración ética. El

1

pensamiento personalista, de un personalismo ontológicamente fundado encuentra en esta reflexión, un punto de confrontación cultural y enriquecimiento. (p. 52)

En este sentido, el enfoque que se tiene de la familia desde esta perspectiva es tradicional y clásico y busca defender y proteger a la familia tradicional conformada por hombre y mujer dentro del marco de una unión con fines de procreación. De esta manera, se basa en los principios bioéticos (autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia) para justificar desde una óptica de reivindicación y defensa de la dignidad de la vida y de la familia nuclear su impacto sobre la sociedad y cultura.

Una de las visiones clásicas de la familia desde la visión personalista de Carlos Caffarra

habla de familia “verdadera”, de familia “propiamente esta”, no intenta hablar de una idea de familia elaborada por la mente, a la que toda familia, para ser tal, debería corresponder, como un “horizonte ideal” al que toda familia debería tratar de acercarse. La familia verdadera es aquella que adecuadamente corresponde a la realidad, al ser del hombre. La familia es verdadera cuando las personas que la construyen cotidianamente encuentran y viven una realidad que corresponde a sus deseos humanos más profundos y que, al mismo tiempo, la configuración no depende de ellos. (Matamoros, 2011, p. 204)

La bioética personalista sostiene que cualquier atentado contra la vida tiene una implicación y afectación directa con la familia, puesto que es en este núcleo donde se desarrolla la vida de un nuevo ser humano (Basso, 2010). Partiendo de este postulado, el criterio moral que sostiene la visión de la familia desde el personalismo es la defensa de la dignidad humana y por conexidad a la familia, citando al Consejo Pontificio para la Familia (2004): “El ser humano es un ser social. La dinámica sexual y procreadora en el hombre se desarrolla naturalmente en un marco, en el que la sexualidad y la procreación se insertan armónicamente en la realidad del amor conyugal”.

En este sentido, en cuanto a la homosexualidad y las familias homoparentales, la visión personalista la considera como un desvío sexual y una neurosis (Rivarola, 2015), que constituye un debilitamiento de la institución familiar y la lleva a una crisis profunda donde no se tienen puntos de referencia o ejemplos en otras culturas o sociedades, lo cual evidencia el impacto de un cambio de paradigma en el núcleo de la sociedad.

VISIÓN UTILITARISTA DE NUEVOS MODELOS FAMILIARES

La doctrina utilitarista establece que la felicidad es deseable y que es la única cosa deseable como fin; todas las otras cosas son deseables solo como medios para ese fin. (John Stuart Mill)

Jeremy Bentham, el padre del utilitarismo, sostiene que el principio de utilidad es el que aprueba o desaprueba cualquier acción de acuerdo con la tendencia que tenga a aumentar o disminuir la felicidad (Pereira y Enriquez, s. f.). Es decir que los motivos de la conducta humana obedecían a dos variables: el dolor y el placer, siendo la moralidad una respuesta a las variables mencionadas como un acto útil.

Grosso modo, el utilitarismo ético hace referencia

al conjunto de teorías que establecen la utilidad como el fundamento de la moralidad, ya que, para los seguidores de esta corriente, las acciones son buenas en la medida en que las consecuencias de estas provoquen la máxima utilidad posible, para el mayor número de personas. Todas ellas poseen un centro común, y es la búsqueda de la felicidad, ya que consideran que la utilidad de una conducta se valora en proporción al grado de felicidad que sea capaz de provocar en un mayor número de personas. (Pereira y Enriquez, s. f.)

Al ser el postulado clásico del utilitarismo el alcance de la felicidad o el bienestar a través del placer y la huida del dolor, para la bioética utilitarista, si este bienestar se aplica para el mayor número de personas, puede ser considerado como moralmente bueno. Como afirma Rico (2012), tanto la legalización del matrimonio como las

familias homoparentales cumplen con este requisito, siendo para esta corriente un acto positivo y aceptable; pues si bien, para esta ideología liberal la autonomía del individuo recae solo en su libre albedrío y está fuera de la esfera de la intervención estatal o cualquier autoridad, heterónoma, religiosa o secular.

En este sentido, y citando a Peeters (2011), esta visión acepta todas las formas de familia (la familia natural, monoparental, homoparental, compuesta, reconstituida, etc.) a la luz de los preceptos dados por el concepto holístico de la diversidad. También menciona que se debe respetar y aceptar como unidad base de la sociedad a quienes viven juntos y se autodenominan como familia, donde los integrantes han aceptado un compromiso mutuo hacia el bienestar del otro.

DISERTACIÓN BIOÉTICA PERSONALISTA Y LIBERAL O UTILITARISTA EN TORNO A LA FAMILIA HOMOPARENTAL

Desde el abordaje de la bioética, personalista y liberal o utilitarista, respectivamente, varios autores han realizado un aporte significativo al debate antropológico atinente al matrimonio igualitario y sus efectos concernientes a la creación de familia. Si bien ambas posturas poseen enfoques muy distintos que incluso son excluyentes entre sí, conocer los argumentos que se entretienen desde cada uno de estos extremos permite, por un lado, obtener una visión holística e integral del asunto en cuestión, y por otro, comprender el debate que desde la bioética se ha generado en torno al matrimonio igualitario y por ende a la familia homoparental.

Basada en las filosofías personalistas cercanas a la antropología y el personalismo ontológico, la bioética personalista reivindica la centralidad de la persona en el mapa ontológico, tomando como punto de partida, en el caso de la homosexualidad, las teorías que justifican esta tendencia para posteriormente refutarlas bajo argumentos filosóficos y bioéticos que tienen como eje central la dignidad.

Según López y Beunza (2012), exponentes de la bioética personalista, existen dos posibles tipos de predisposición para la homosexualidad: en primer lugar, un factor genético del cromosoma X que se hereda por vía materna que afecta de manera directa la ma-

duración del cerebro del feto; y en segundo lugar, una mutación genética denominada epigenética, que modifica las regulaciones de los genes del metabolismo hormonal del cerebro y genera repercusiones a nivel fisiológico durante la época del desarrollo. Sin embargo, esto no necesariamente conlleva que los seres humanos experimenten una tendencia hacia la homosexualidad a lo largo de sus vidas, pues justamente la persona no constituye solo un ser biológico, sino un ser biográfico y cultural.

En este sentido, dirán las autoras, las experiencias, decisiones, vivencias, etc., dejan huella en el cerebro, ya que intensifican o diluyen las conexiones más o menos intensas de los patrones cerebrales. En consecuencia, y dado que el cerebro de toda persona es enormemente elástico a lo largo de toda su vida y en especial durante las etapas de maduración intensa (adolescencia y pubertad), la bioética utilitarista interpreta que la homosexualidad debería ser vista como un constructo social más que como una condición biológica inherente a los individuos, pues los seres humanos no nacen determinados genética u hormonalmente para ser homosexuales, sino que esta tendencia es una cuestión de elección.

Con referencia a la postura que asume la bioética personalista frente al matrimonio homosexual y la familia homoparental, esta defiende las instituciones tradicionales como herramienta para contrarrestar el debilitamiento de la institución familiar, producto de la equiparación de las uniones homosexuales con la figura del matrimonio y por consiguiente del núcleo familiar.

Según Silvestre y Bellver (1997), el matrimonio homosexual constituye un alto riesgo para la integridad social, ya que, al tender a la inestabilidad, este tipo de uniones podrían agudizar la crisis que atraviesa la institución familiar (pp. 1368-1384). De ahí que recomienden establecer un marco jurídico que proteja y ampare la dignidad de los sujetos, y en especial de los hijos sobre quienes recae el peso del tipo de unión que conforme el núcleo familiar.

Por otro lado, para Evans (2013), el principal debate bioético que el enfoque personalista pretende aclarar con respecto a la homosexualidad es aquel que gira en torno al valor democrático de la

libertad. Es decir que, si bien es propio de las democracias que cada quien tenga la libertad de tomar sus propias decisiones y definir sus orientaciones en todos los aspectos, esta individualidad no puede sobrepasar la libertad de la colectividad, pues el Estado no tiene potestad para imponer sobre la vida privada de sus ciudadanos.

En este sentido, se considera que equiparar las uniones homosexuales a las heterosexuales, no solo constituye un riesgo para la sociedad, pues se presenta una transmutación del discurso y la concepción del matrimonio, sino que, además, conlleva definir una estructura donde el cambio de roles y responsabilidades implicaría generar un impacto en los modos de convivencia y desarrollo sociales.

En contraposición a la postura, si se quiere conservadora, de la bioética personalista, la bioética utilitarista adopta una posición más liberal en torno a la homosexualidad y al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues los considera un fenómeno social producto de un proceso evolutivo de la sociedad en general.

Uno de los principales exponentes de la bioética liberal, que desde la academia sentó las bases teóricas del debate sobre la homosexualidad y sus implicaciones, fue el filósofo posmoderno y padre de la biopolítica, Michel Foucault, quien se dedicó a analizar la historia de la sexualidad desde la antigua Grecia hasta la modernidad. Aunque sus estudios se vieron terminados trágicamente debido a su muerte en 1984, Foucault realizó una articulada formulación acerca de la variación en las formas de comprender la sexualidad a lo largo del tiempo y el espacio, tras lo cual se convirtió en un referente primordial para la teorización gay, y lo que hoy se conoce como la teoría *queer*.

Según lo argumenta en varios de sus escritos, especialmente en *Historia de la sexualidad 2: El uso de los placeres* (Foucault, 2003), contrario a las imposiciones modernas del modelo de familia heterosexual, para los griegos y otras civilizaciones de la Antigüedad, el amor no era una cuestión de género sino de belleza; en este sentido, lo que llevaba a un hombre a desear a otro hombre o a una mujer era la atracción que la naturaleza le había implantado en su corazón hacia todo aquello que fuera bello.

Asimismo, para Foucault, la sexualidad se está modificando constantemente, dado que responde a símbolos que sufren cambios en su significación social, tal como se evidencia en las sociedades occidentales, donde cada vez más se asimila a los homosexuales como personas cuya “diversidad” debe ser aceptada y respetada por toda la sociedad.

Es menester señalar que el movimiento de liberación gay durante la segunda mitad del siglo XX, entre las décadas de los ochenta y noventa, comenzó a desarrollar la denominada *teoría queer*, la cual consiste en una elaboración teórica de la disidencia sexual y la deconstrucción de identidades estigmatizadas, que a través de la resignificación del insulto intenta reafirmar que la opción sexual distinta es un derecho humano (Fonseca y Quintero, 2009, p. 43).

Para la principal exponente de la teoría *queer*, Judith Butler (Fonseca y Quintero, 2009), los vocablos *lesbiana* y *gay* no brindan ninguna revelación transparente, pues existen debido a la necesidad de representar un sector político oprimido, mas no para referirse propiamente a la “naturaleza de la homosexualidad”, que al ser natural no debería diferenciarse de las tendencias heterosexuales. Por ello, la teoría *queer* parte de la deconstrucción de las sexualidades, pues sería erróneo partir de la heterosexualidad y de los fantasmas ontológicos “hombre” y “mujer”, para conceder a los seres humanos, sea cual sea su tendencia sexual, igualdad de derechos y deberes.

Según Borrillo (2009), “la nueva gramática sexual debería estar determinada por la elección del individuo. En consecuencia, el Derecho Civil debería fundarse sobre el principio de autonomía de la voluntad más que sobre una supuesta ‘verdad’ biológica (Salazar, 2013, p. 223). Así pues, en el caso, por ejemplo, del matrimonio y la familia, este debería constituir una unión entre dos personas cuya legitimidad reposara única y exclusivamente en el consentimiento de los contrayentes y no en la diferencia de sexos.

Para la bioética liberal o utilitarista, así como las convicciones sociales van evolucionando a lo largo del tiempo, las tradiciones pueden y deben estar también sujetas a modificaciones. En este orden de ideas, la imposición de ciertas costumbres y bases morales

que sobreviven en detrimento de otras formas de vida constituyen un claro atraso por parte de las sociedades y un comportamiento tirano y absolutamente excluyente, que atenta directa o indirectamente contra la dignidad humana.

Siguiendo este hilo argumentativo, Ronald Dworkin afirma que existen dos principios inalienables al concepto de dignidad humana: el primero de ellos es el valor intrínseco, referente al valor de la vida misma; y el segundo, es el principio de responsabilidad personal (Bui, 2010, p. 12). Ambos principios que hacen alusión a los valores democráticos de igualdad y libertad constituyen la base de una sociedad sana donde los individuos son responsables de su vida privada siempre y cuando esta sea una vida ética basada en el cuidado y el respeto hacia los demás.

De igual manera, cabe mencionar los postulados de Gironde-lla (2009), quien defiende el respeto por la diversidad sexual, según los cuales la homosexualidad existe y es real en el plano del ser y debe ser aceptada como el deber ser. En otras palabras, debido a que la homosexualidad es una realidad innegable que se ha presentado en todos los contextos espacio-temporales, debe ser admitida a través de manifestaciones sociales tales como el respeto hacia las uniones maritales entre personas del mismo sexo y la aceptación de las familias homoparentales como una opción de vida igualmente digna y enmarcada en valores humanos.

El diálogo de la bioética liberal se afirma en el principio bioético de la autonomía que conlleva, según la interpretación de esa filosofía, la libertad sin límites del ser humano. Libertad que se propugna como un valor intrínseco de la condición humana que exige tanto de la sociedad como del Estado el deber de ser respetuosos de los diferentes modos de vida, que incluye la diversidad sexual y los nuevos modelos de familia homoparental, que poco a poco se han ido constituyendo, ya que, como lo admite la posición utilitarista, estos son producto del amor y el compromiso entre los contrayentes, y no están condicionados a factores puramente biológicos.

REFLEXIÓN DEL BIODERECHO ANTE LOS POSTULADOS ANTROPOLÓGICOS Y LAS BIOPOLÍTICAS PÚBLICAS EN COLOMBIA EN TORNO AL MATRIMONIO IGUALITARIO Y LA FAMILIA HOMOPARENTAL

Aunque en Colombia no existe hasta el presente ninguna normativa legislativa en materia de regulación matrimonial con relación a la unión entre personas del mismo sexo, sí se encuentran varios antecedentes e iniciativas tales como una serie de proyectos de ley, que no han superado todos los debates. Sin embargo, la Corte Constitucional les ha reconocido derechos equiparables a los atinentes a parejas heterosexuales, y como última ratio, el matrimonio entre parejas de un mismo sexo, tal como lo declara en la Sentencia SU214/2016, de 28 de abril ante la “interpretación del derecho viviente”:

La interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad. Una interpretación sistemática basada en el “derecho viviente”, y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad.

En cuanto a la conformación de familias homoparentales por adopción plena, la Sentencia C-683/2015, de 4 de noviembre declara:

La Corte Constitucional concluye que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral. Así lo indican las experiencias recogidas del derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados, donde se ha tenido en cuenta la primacía de los derechos de los meno-

res y la evidencia probatoria debidamente acopiada. A la misma conclusión se llega con fundamento en los conceptos remitidos a solicitud de la Corte Constitucional en el curso de este proceso. En forma significativamente mayoritaria la evidencia científica coincide en señalar que: (i) la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los menores; (ii) en caso de existir alguna afectación, la misma proviene de otros factores como la situación económica, las relaciones dentro del grupo familiar, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres; (iii) el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso en algunas ocasiones aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual; y (iv) los procesos de adopción deben basarse en asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la orientación sexual de los padres. De esta manera, para numerosos investigadores, asociaciones, autoridades y organismos internacionales, la creencia en la afectación del interés superior del menor obedece al resultado de estereotipos discriminatorios o prejuicios sociales, antes que a verdaderos problemas médicos o psicológicos, así como a la negativa de algunas autoridades a reconocer a las familias integradas por personas del mismo sexo.

Y por reproducción asistida, la Sentencia SU617/2014, de 28 de agosto, referente a la adopción por consentimiento cuando el menor es fruto de inseminación artificial heteróloga de donante conocido o determinable, expuso lo siguiente:

Pese a que actualmente este procedimiento de reproducción asistida constituye una realidad, el legislador colombiano no ha adoptado una normativa que en este escenario específico y particular, fije las reglas relativas al estado civil y a la filiación. En efecto, en el or-

denamiento jurídico nacional tan solo se encuentran algunas referencias puntuales y marginales a la inseminación artificial, pero en aspectos sustancialmente distintos. Dentro de este vacío normativo, por obvias razones, no existe una regla especial que establezca la obligación de agotar la posibilidad de conformar el vínculo filial con el donante en la inseminación, como condición para proceder a la adopción. La Corte concluye que en los casos de inseminación artificial heteróloga, en los que el donante es determinado pero no ha expresado su deseo o interés en la conformación de la relación de paternidad, el ordenamiento no prevé expresamente la obligación de condicionar la adopción al agotamiento de los trámites para individualizar, ubicar e informar al donante sobre la existencia de su hijo, y para instarlos a conformar el vínculo filial.

En contraposición, el Código Civil colombiano se ha mantenido incólume desde su vigencia en cuanto al matrimonio se refiere. Por ende, recobran actualidad en el siglo XXI las expresiones de Valencia Zea (1985) atinentes a los efectos del matrimonio:

Todo matrimonio produce dos clases de efectos: personales y patrimoniales. Los personales se refieren a las personas de los cónyuges y a las mutuas obligaciones y derechos que entre ellos se establecen [...] los derechos y deberes que origina en forma inmediata todo matrimonio se caracterizan, en primer lugar, por ser esencialmente de orden público; en segundo lugar, porque no encuentran su fin en sí mismos sino en la realización de las altas finalidades del matrimonio; y en último lugar, porque se encuentran presididos por la total igualdad entre los cónyuges en sus relaciones personales y en las que se establecen con sus hijos. (pp. 41-44)

Se advierte que a la luz de la Constitución de 1991 la interpretación constitucional sobre el matrimonio y la familia consignados en el artículo 42 se enmarca dentro de los vínculos naturales o jurídicos conformados por un hombre y una mujer (Zárate, 2015). En este sentido, las sentencias y la reclamación de derechos, si bien buscan la igualdad de estas comunidades, van en contravía de lo estipulado por la Constitución, al no estar configuradas como lo estipula el artículo de orden constitucional citado.

Haciendo un recorrido historiográfico sobre el tema que se discurre a principios de 2015, la Corte Constitucional inicialmente negó a las parejas del mismo sexo el derecho a la adopción, reafirmando la reticencia de las instituciones colombianas a tomar decisiones relacionadas con la comunidad lésbico, gay, bisexual, transexual e intersexual (LGBTI). Por consiguiente, los entes territoriales, especialmente en el Distrito Capital desde la Alcaldía de Bogotá, lograron avanzar en políticas públicas en lo referente a la defensa y promoción de los derechos de la comunidad LGBTI, como la modificación de la estructura organizacional de la Secretaría Distrital de Integración Social, creando la Subdirección para Asuntos LGBTI mediante el Decreto 149/2012, de 14 de abril.

Según dicho decreto, la Subdirección funciona como

un espacio físico y social, a través del cual se desarroll[a]n acciones encaminadas al cumplimiento de las estrategias de territorialización de la política pública para Garantía Plena de Derechos de las personas LGBTI en Bogotá D.C., y se facilite la garantía de sus derechos, en coordinación con las entidades y organismos distritales competentes.

En este sentido, se observa que las nuevas formas de gobierno se centran en la vida de los sujetos, lo que Foucault denominaba “biopolítica de la población”, donde la política direcciona la vida biológica, que culmina en la producción de lo humano (Bazzicalupo, 2010, p. 49).

La comunidad LGBTI se ha ido organizando sistemáticamente y ha obtenido por vía judicial el reconocimiento de los derechos que le han otorgado una nueva ciudadanía. Asimismo, se observa que con estos tópicos la familia nuclear tradicional conformada por padre y madre se ha ido transformado, ya ha dejado de ser el único patrón de la progenie, con las denominadas familias homoparentales. En este orden de ideas, estas familias categorizadas como posnucleares se constituyen en núcleos familiares multimodales homoparentales, que son el último ratio de los efectos de alianzas compuestas por cónyuges de un mismo sexo; es decir, parejas

homosexuales formadas por dos progenitores (ya sean estos gais, lesbianas, bisexuales). De esta manera, se configuran las relaciones entre más de dos personas del mismo y de diferentes sexos, como los vínculos correspondientes a tríos y poliamorosos, en los cuales caben destacar la polifidelidad, que consiste en una fidelidad establecida entre los miembros del grupo como tal. Habida consideración de que por la falencia biológica de la complementariedad para efectos de la procreación natural, no solo se hace acopio de la adopción, sino de la fecundación humana asistida, con el propósito de crear hijos y constituir familias homoparentales.

Efectivamente, esto nos conduce a que es posible el acceso de la comunidad LGBTI a estas técnicas de reproducción, humana, tal como puede evidenciarse en el caso paradigmático de Ana Leiderman y Verónica Botero, una pareja de lesbianas colombianas que emprendieron una batalla jurídica por el reconocimiento de sus dos hijos derivados de procedimientos de inseminación artificial. Para tal efecto, la Corte Constitucional declaró exequibles apartes de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098/2006, de 8 de noviembre y el artículo 1 de la Ley 54/1990, de 28 de diciembre, y precisó que las parejas del mismo sexo solo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente (Sentencia C-071/2015, de 18 de febrero).

Con referencia a la adopción complementaria o por consentimiento (núm. 5 del art. 64, art. 66 y núm. 5° del art. 68 de la Ley 1098/2006, de 8 de noviembre), la Corte sostuvo que cuando el Estado se abstiene de reconocer las relaciones familiares entre niños que tienen una única filiación, y el/la compañero/a permanente del mismo sexo de su progenitor, con el(la) que este último/a comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de 18 años, pueden verse comprometidos los derechos de niños, niñas o adolescentes. En estos eventos, la falta de reconocimiento jurídico del vínculo familiar amenaza el derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 44 de la Constitución a no ser separados de su familia. Por lo anterior, la Corte consideró necesario condicionar la exequibilidad de estas normas, en el entendido de que dentro

de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero/a permanente (Sentencia C-071/2015, de 18 de febrero).

En este contexto, ante la creación de estos nuevos modelos familiares categorizados como homoparentales, además de ser constituidos por adopción, se ha proliferado la aplicación de las técnicas de fecundación asistida, con la participación de la maternidad subrogada, que se convierten en alternativas por medio de las cuales las familias homoparentales puedan concebir por inseminación artificial y por fertilización *in vitro* hijos biológicos.

En cuanto a la maternidad subrogada, son múltiples los dilemas y polilemas a la bioética que presenta reflexiones al bioderecho, dentro del marco de ordenamientos jurídicos mundiales, entre ellos, España donde está proscrita. El Comité Nacional de Bioética de España no la admite, ni aun para la comunidad LGBTI, donde todos confluyen que la mujer no se cosifica, puesto que se considera que la madre gestante es una cliente con situación vulnerable y el hijo viene al mundo como objeto de un contrato, pierde la oportunidad de conocer su origen, entre otros aspectos. Se observa que se pierde igualmente la cultura de la maternidad. Sin embargo, sigue funcionando como colegisladora la Corte Constitucional poniendo como barricada el interés superior de los niños ante lo que ha considerado derechos de las minorías para parejas de un mismo sexo. Recientemente, la Corte Constitucional declaró la permisibilidad a menores de edad transexuales para que puedan efectuar el cambio en “el componente sexo” en los documentos como registro civil. Las edades de los menores oscilan entre los 14 años y pueden solicitar el mencionado cambio de sexo en el registro antes de cumplir la mayoría de edad (*El Heraldo*, 2018).

Y en lo que tiene relación con la reglamentación en Colombia frente a los procesos de fecundación humana asistida, se encuentra que no existe legislación que regule íntegramente la aplicación de esas técnicas, salvo leyes, decretos y resoluciones que permiten emplear los métodos que establecen el funcionamiento de centros que

prestan estos servicios de atención, como estipulan la conformación de bancos de gametos o embriones. Al respecto, conviene decir que los centros de fertilización, al no estar debidamente regulados, prestan servicios y ofrecen técnicas de reproducción asistida casi sin ninguna limitación.

Partiendo del dialogo bioético y del bioderecho, se colige que este debate contemporáneo debe pasar *prima facie* por el procedimiento normativo, con rigor legislativo, dentro del “recinto de la democracia colombiana” como lo es el Congreso de la República. Debate que exige argumentación jurídica en torno a si este nuevo núcleo tiene derecho o no a procrear. Partiendo de la premisa que son los hijos quienes tienen derecho a tener padres, no al contrario, aunque la Corte Constitucional ha asumido funciones de colegisladora ante estos asuntos que son de resorte legislativo. Así es como se hace necesario evaluar las principales implicaciones legales, éticas, bioéticas y del bioderecho ante estas prácticas con el fin de establecer cuál debe ser la intervención de la ley, en el caso concreto, en torno a la idoneidad de fomentar la progenie mediante tales técnicas dentro de estos nuevos núcleos filiales, como efectos del matrimonio de personas de un mismo sexo. Sin embargo, se subraya que en el Congreso de Colombia el trámite legislativo relativo al matrimonio entre personas de un mismo sexo y por ende los efectos de este como lo es la familia se ha constituido en un tema inacabado. Por tanto, ante la polarización y ausencia de legislación, dentro del constructo del plexo normativo, es menester la participación del constituyente primario cualificado como principal decisor mediante referendo, asumiendo qué tipo de familia merece la sociedad colombiana.

CONCLUSIONES

Aunque a lo largo de la historia de la humanidad se ha ido modificando la percepción de las sociedades frente a la condición de la homosexualidad y sus distintas implicaciones en una sociedad cada vez más liberal donde la tolerancia se convierte en derecho, los derechos se confunden con concesiones y las libertades con el libertinaje.

Por consiguiente, es pertinente reflexionar acerca de asuntos de gran importancia y algidez para la sociedad, tales como el matrimonio, la adopción de niños entre personas del mismo sexo y la creación de hijos por fecundación humana asistida para estas comunidades sociales.

En tal virtud, se concibe en gran parte de la comunidad científica que la homosexualidad no constituye una condición propiamente biológica, sino el resultado de una construcción social que ha llevado en distintas épocas a la aceptación o rechazo de la homosexualidad.

Con la implementación de políticas públicas de diversidad sexual y la creación de oficinas específicas para las comunidades LGBTI, donde se prioriza al Distrito Capital de Bogotá, se está procurando por cambiar el paradigma social de la familia en Colombia, sin tener en cuenta los aspectos biojurídicos que están en torno a la conformación de la familia y los mandatos establecidos por la Carta Constitucional.

Se evidencia que la sociedad ha sufrido ciertos cambios y la homosexualidad hace parte de nuestra realidad social; la concesión de derechos a la comunidad LGBTI no debe implicar una drástica transformación de las figuras y los modelos tradicionales, tales como la familia conformada por hombre y mujer, que han erigido nuestras sociedades y le han concedido ciertas características que le son inherentes a la evolución que ha presentado historiográfica y antropológicamente la especie *Homo sapiens*, ante la creación de familia, donde confluye un hombre y una mujer en la generación de la prole.

En este sentido, para que los derechos de las parejas homosexuales respecto de la equiparación de derechos se hagan efectivos y se logre a su favor la normalización de las familias homoparentales, se hace necesario que se modifique la Constitución Política colombiana y no que por vía de sentencias la Corte Constitucional emita modificaciones sustanciales a la conformación de la familia. Por ello, si bien el Congreso de la República es la entidad encargada de realizarlo en primera instancia, y ante la ausencia de legislación, se reitera la realización de un referendo para que sea el pueblo colombiano en las urnas el que tome una decisión trascendental que

impactaría las esferas más profundas de la sociedad en cuanto a la conformación y equiparación de familia se refiere y la forma de concebirse a sí misma.

En Colombia, el discurso dialógico está polarizado debido al predominio de la constitución de los valores que conforman la familia tradicional en Colombia, según el artículo 42 de la Constitución Nacional entre hombre y mujer, y asimismo el desarrollo legislativo del concepto de matrimonio del artículo 113 del Código Civil colombiano, que, desde el punto de vista de la bioética, conlleva una concepción mayoritariamente personalista, por una parte. Y por la otra, la presión política y social de la población LGBTI y del fomento de las políticas públicas y de los grupos liberales, tanto a nivel gubernamental del poder central y de las instituciones descentralizadas como en las alcaldías. Por lo cual, una decisión tan importante como aprobar la conformación del matrimonio y de las familias homoparentales, ya sea a través de la adopción, ya sea mediante el uso de técnicas de procreación asistida, en acopio principalmente de la maternidad subrogada que genera problemas bioéticos y debates biolegislativos emergentes que afectan la cultura de la maternidad, lleva a una “pendiente resbaladiza” el interés superior de los niños. Que además se ven vulnerados en su identidad con la reciente sentencia sobre menores de edad transexuales que puedan efectuar el cambio en “el componente sexo” en el registro civil, desde los 14 años y antes de cumplir la mayoría de edad.

Por ende, estas decisiones que abarcan el carácter multidisciplinar de la bioética no deben dejarse en manos de una minoría, como hasta el presente lo ha dilucidado la Corte Constitucional, sino que ha de ser consultada con el pueblo colombiano, por lo que este es el directamente afectado por los impactos que llegue a causar una u otra decisión.

Finalmente, y haciendo énfasis en el interés superior de los niños, quienes deben ser la prioridad para cualquier tipo de sociedad. Ese interés ulterior de que los niños representan que deben servir a los intereses de una agenda que priorice en sus biopolíticas públicas al futuro generacional colombiano, desde una mirada bioé-

tica se valoren son seres humanos cuyos derechos son inalienables y prevalecen sobre los derechos de los demás. Así es como estas decisiones entramadas en biopolíticas públicas deben generar una mayor asertividad y legitimidad para las futuras generaciones.

Es palmario que la transformación y apertura hacia los valores más liberales de la cultura occidental ha transformado sustancialmente las dinámicas internas de la sociedad y, sobre todo, se han enfrentado a situaciones legales por el deseo de las parejas homosexuales de lograr un hijo a toda costa, por adopción y haciendo uso de las técnicas de reproducción asistida, donde permea la donación de gametos heterólogos y la maternidad subrogada, sin legislación vigente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Teniendo en cuenta lo dilucidado ante los avances de la biomedicina y la biotecnología, la conformación de familias homoparentales abarca aspectos normativos mucho más amplios que la adopción y llega hasta la fecundación de óvulos haciendo uso de las técnicas de fecundación asistida y la maternidad subrogada, que, si bien facilitan el deseo de estas parejas de conformar una familia, no consideran los impactos en el desarrollo psicológico, social, el libre desarrollo de la personalidad, la orientación e identidad sexual de los niños, que en cierta forma desconocen los derechos de quienes no tienen voz para determinar el modelo de familia donde se desarrolle su ciclo vital y proyecto de vida.

Por otro lado, se generan dilemas y polilemas a la bioética y reflexiones al bioderecho en cuanto al reordenamiento de la normativa vigente, que, *prima facie*, soslaya a la familia conformada por padre y madre, en cuanto se multiplicaría el modelo de la familia experimental homoparental (Veredicto, 2015).

Por tanto, se hace necesario redirigir la toma de decisiones en torno a un tema tan delicado como este al “constituyente primario cualificado”, es decir, conceder en forma holística de todos los aspectos que atañen a las alianzas afectivas dentro de las diversidades sexuales, más allá de parejas de un mismo sexo, considerando a tríos, grupos poliamorosos y *queer*, entre otros, que están contribuyendo a la “masificación humana planificada” donde la afectación

del interés superior de los niños es irreductible ante estos modelos homoparentales no binarios que contribuyen a la transformación de la identidad de niños, niñas y adolescentes. Por tanto, es prioritario y urgente el referendo al que se ha hecho alusión con el propósito de que se pronuncie la sociedad colombiana ante la regulación de estas situaciones que son del ámbito de la antropología, la bioética, el bioderecho y las biopolíticas públicas, para que mediante el ejercicio del mecanismo de participación ciudadana se cimenten los derechos humanos y la dignidad humana de los niños como pilar fundamental de las futuras generaciones frente a la premisa constitucional de que “los derechos de los niños están por encima de los derechos de los demás”.

REFERENCIAS

- Basso, D. (2010). bioética personalista y familia. *Vida y Ética*, 11(1). Recuperado de <https://bit.ly/2ILSeot>
- Bazzicalupo, L. (2010). *Biopolítica: una mappa concettuale*. Roma: Melusina.
- Bui, N. (2010). *Dworkinian Liberalism & Gay Rights: a defense of same-sex relations* (Tesis de maestría, Georgia State University, Atlanta, Estados Unidos). Recuperado de <https://bit.ly/2xecz15>
- Congreso de la Republica de Colombia (1991). Constitución Política. Bogotá: Congreso de la Republica de Colombia.
- Consejo Pontificio para la Familia (2004). *Lexicón: términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*. Madrid: Consejo Pontificio para la Familia.
- Crónicas de la ciencia (2012, noviembre 15). Homosexualidad masculina: ¿Se nace? O ¿Se hace? [Entrada blog]. Recuperado de <https://bit.ly/2xal80w>
- Decreto 608/2007, de 28 de diciembre, por medio del cual se establecen los lineamientos de la política pública para la garantía plena de los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas —LGBT— y sobre identidades de género y orientaciones sexuales en el Distrito Capital, y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 149/2012, de 4 de abril, por medio del cual se modifica la estructura organizacional de la Secretaría Distrital de Integración Social.

- El Herald* (2018, marzo 14). Corte emite fallo que permite a menores de edad a cambiar de sexo en documentos de identidad. Recuperado de <https://bit.ly/2HAEmg6>
- El Mundo* (2013, mayo 5). Las familias homoparentales se sienten integradas y sufren poca discriminación. Recuperado de <https://bit.ly/2kpk0H>
- Evans, D. (2013). Imagining a same-sex marriage decision based on dignity: Considering human experience in constitutional law. *New York University Review of Law & Social Change*, 37.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2003). *Nuevas formas de familia: perspectivas nacionales e internacionales*. Montevideo, Uruguay: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Recuperado de <https://bit.ly/2b5WhwC>
- Fonseca Hernández, C. y Quintero Soto, M. L. (2009). La teoría *queer*: la de-construcción de las sexualidades periféricas. *Sociológica*, 24(69), 43-60. Recuperado de <https://bit.ly/2c00Xa7>
- Foucault, M. (2003). *Historia de la sexualidad 2: El uso de los placeres*. Buenos: Siglo XXI.
- Girondella Mora, L. (2009). Homosexualidad: sus defensas. *Contrapeso. info*. Recuperado de <https://bit.ly/2GPc0Oo>
- Ley 54/1990, de 28 de diciembre 28, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.
- Ley 1098/2006, de 8 de noviembre, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.
- Matamoros Guevara, J. A. (2011). La familia como fundamento natural de la sociedad en el pensamiento de Carlos Caffarra. *Excerpta*, 57, 183-266.
- Moliner Navarro, R. (s. f.). *La familia como espacio de socialización de la infancia*. Recuperado de <https://bit.ly/2J3a6yR>
- Netherlands Youth Institute (s. f.). *Facts and figures*. Recuperado de <https://bit.ly/2J7gSTX>
- Nodarse, J. J. (1985). Elementos de sociología. Selector.
- Peeters, M. A. (2011). *Marion-ética: los "expertos" de la ONU imponen su ley*. Madrid: Rialp.

- Pereira Pérez, J. y Enríquez Sordo, J. (s. f.). Las concepciones morales de la corriente utilitarista y su influencia en la bioética. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://bit.ly/2LwKmJu>
- Política Pública LGBTI. Recuperado de <https://bit.ly/2sdKS6s>
- Priegue Caamaño, D. (2008). *Familia, educación e inmigración: un programa de intervención pedagógica* (Tesis de doctorado, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España).
- Rico, R. (2012, abril 16). Matrimonio entre personas del mismo sexo [Entrada blog]. Recuperado de <https://bit.ly/2s9nCqN>
- Rivarola Espinoza, J. M. (2015). Abordaje actual de la homosexualidad en una visión personalista. *Anales de la Facultad de Ciencias Médicas*, 42(2), 45-60.
- Rodríguez Sumaza, C. y Luengo Rodríguez, T. (2003). Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales. *Papers: revista de sociologia*, 69, 59-82.
- Salazar Benítez, O. (2013). Derecho al matrimonio y diversidad familiar. *Revista de Derecho Político*, 86, 195-226.
- Sentencia C-577/2011, de 26 de julio, matrimonio.
- Sentencia SU617/2014, de 28 de agosto, adopción entre parejas del mismo sexo.
- Sentencia C-071/2015, de 18 de febrero, normas sobre adopción consentida o complementaria.
- Sentencia C-683/2015, de 4 de noviembre, demanda de inconstitucionalidad en materia de adopción por parejas del mismo sexo.
- Sentencia SU214/2016, de 28 de abril, Constitución Política.
- Sgreccia, E. (1994). *Manuale di Bioetica: fondamenti ed etica biomédica*. Milán: Vita e Pensiero.
- Silvestre, J. J. y Bellver Capella, V. (1997). La heterosexualidad como principio calificador del matrimonio. *Cuadernos de bioética*, 8(32), 1368-1384.
- Universidad Autónoma de Madrid (2013). *Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de <https://bit.ly/2J5yz6G>
- Valencia Zea, A. (1985). *Derecho civil* (t. V). Bogotá: Temis.

- Veredicto (2015, noviembre 23). *Decisión de la Corte sobre adopción* [Video]. Recuperado de <https://bit.ly/2KwtwCP>
- Zárate Cuello, A. d. J. (2014). Adopción y procreación humana asistida homoparental en Colombia: problemas a la bioética y reflexiones del bioderecho. *Producción + Limpia*, 9(2), 140-143.
- Zárate Cuello, A. d. J. (2015a). *Diversidad sexual matrimonio y sus efectos desafíos a la bioética y al bioderecho: legislación comparada entre Colombia y España*. San José de Costa Rica.
- Zárate Cuello, A. d. J. (2015b). *Multiculturalismo y naturaleza biojurídica de las familias homoparentales*. Ponencia presentada en Congreso Internacional de bioética: bioética y Nuevos Derecho, Madrid, España.