

EL MATRIMONIO Y LA PROGENIE ANTE LA DIVERSIDAD SEXUAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DESDE LA BIOÉTICA, BIOJURISPRUDENCIA Y EL BIODERECHO

Amparo de Jesús Zárate Cuello³⁹⁵

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Bogotá, Colombia

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4978-6377>

Introducción

El vínculo fundante de la sociedad y por ende del Estado, es sin duda la familia. Tanto implícita como explícitamente el artículo 42 de la Carta Política de Colombia establece como una de las modalidades de conformar familia, *prima facie*, al matrimonio conformado por un hombre y una mujer. De esta manera, también lo consagra el ordenamiento civil en su artículo 113, al precisar que el matrimonio es un contrato

³⁹⁵ Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Docente e Investigadora. Doctorada en Bioética, Universidad Militar Nueva Granada. Docente titular, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Miembro del Comité de Ética en Investigación Clínica CIEC de la Universidad de la Sabana. Docente invitada de universidades europeas. Conferencista nacional e internacional. ✉ amparo.zarate@unimilitar.edu.co

Cita este capítulo

Zárate Cuello, A. (2020). El matrimonio y la progenie ante la diversidad sexual en Colombia: análisis desde la Bioética, Biojurisprudencia y el Bioderecho. En: Obando Cabezas, A. (eds. científico). *Filosofía práctica en Iberoamérica. Comunidad política, justicia social y derechos humanos*. (pp. 367-379). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Asociación Iberoamericana de Filosofía Práctica. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147188.24>



solemne entre un hombre y una mujer, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.³⁹⁶ Sin embargo, la identidad sexual, de género u orientación sexual, son expresiones que conllevan a los cambios paradigmáticos de la institución matrimonial, que actualmente no se concibe únicamente como la asociación entre un hombre y una mujer con fines procreativos; sino, que ha trascendido a las diferentes alianzas afectivas que se constituyen entre dos hombres, dos mujeres, dos hombres y una mujer, dos mujeres y un hombre, tres hombres, tres mujeres y hasta los poliamorosos, pretendiendo que estos tipos de relaciones se constituyan en matrimonios y por consiguiente la generación de progenie que originan cuestiones a la bioética e implicaciones en el plexo normativo en cuanto a la naturaleza biojurídica de la “familia homoparental” en la geografía patria colombiana.

Ante estos tópicos se tejen posturas a favor y en contra del matrimonio homosexual y las diversidades sexuales de orden bioético, amparadas en la filosofía personalista y utilitarista, liberal o progresista, que distancian el discurso que se polariza, generando dilemas y polilemas a la bioética, término acuñado por Potter³⁹⁷ y que concibo como “el dialogo entramado entre las ciencias de la vida y las humanidades correspondiente al respeto, dignidad y supervivencia de la especie humana desde la concepción hasta el final, y del ecosistema en todas sus manifestaciones”³⁹⁸ y reflexiones al bioderecho que defino como “el derecho de la vida desde el comienzo de la existencia, desarrollo y final del ciclo vital del ser humano”³⁹⁹. En cuanto a la filosofía personalista se refiere, se aduce que estas comunidades no cum-

³⁹⁶ Código Civil Colombiano artículo 113.

³⁹⁷ Potter Van Rensselaer afirma que la Bioética es “una nueva disciplina que combina el conocimiento biológico con el conocimiento del sistema de los valores humanos”.

³⁹⁸ ZÁRATE, Amparo de Jesús. El Bioderecho como instrumento en la determinación de los límites a la libertad de investigación. Especial referencia a la eugenesia positiva en genética humana: Madrid (España), 2011, 19-20. Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho, Departamento Filosofía del Derecho. Persona, sociedad y derecho: legitimidad y legalidad) Universidad Complutense de Madrid (España).

³⁹⁹ *Ibíd.*, pág. 20.

plen con la esencia institucional y de complementariedad que surge entre un hombre y una mujer; señalando como condición primordial la creación de descendencia, en forma natural, legal por medio de la adopción o por asistencia científica, como acicate del derecho superior y ulterior de los niños a tener un padre y una madre, dentro su proceso volitivo y del ciclo vital como ser humano, con el fin que la especie *homo sapiens sapiens* perviva dentro de nuestro ecosistema y el proyecto de vida trascienda a las futuras generaciones en la construcción de familia, sociedad y por ende el Estado, a la luz de los Derechos Humanos, con el carácter inalienable e inviolable, en acopio a la Constitución Constitucional⁴⁰⁰ fundamentada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que señala en su artículo 16: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.⁴⁰¹

Por otra parte, precisando el alcance y contenido de la Carta Magna Colombiana, la filosofía utilitarista, liberal o progresista, contempla que a la luz de los Derechos Humanos todas las personas tienen derecho a decidir dentro del libre desarrollo de su personalidad⁴⁰² a elegir su orientación, condición e identidad sexual y con quien o quienes construir su proyecto de vida matrimonial y por ende, la creación de familia, de la misma manera que se otorga dentro del ordenamiento jurídico constitucional y legalmente a la constituida por un hombre y una mujer.⁴⁰³

Ante la polarización de interpretaciones, filosóficas y biojurídicas, emergen cuestiones a la bioética con el discurso dialógico multidis-

⁴⁰⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 42.

⁴⁰¹ Ver: <http://www.pdhre.org/conventionsum/udhr-sp.html>

⁴⁰² Constitución Política de Colombia. Artículo 16.

⁴⁰³ *Ibíd.* Artículo 16.

ciplinar y reflexiones del bioderecho en aras del derecho a la salud sexual y reproductiva y los nuevos modelos familiares homoparentales: ¿Los hijos tienen derechos a tener padre y madre? ¿Las personas con distintas condiciones, identidades y diversidades sexuales tienen derecho a tener hijos? ¿Cuál es la naturaleza biojurídica de las familias homoparentales en Colombia?

Existen dicotomías entre las biociencias del comportamiento al momento de dar respuesta a estos interrogantes. Es así como el psiquiatra español Enrique Rojas⁴⁰⁴ pronunció el 27 de septiembre de 2004, en la sede barcelonesa de la Organización de Médicos Cristianos de Cataluña, una conferencia sobre las adopciones homosexuales en la que aportó sólidos argumentos científicos, manifestando el efecto nocivo de la familia homoparental sobre el niño que afectaría su desarrollo en la construcción de las estructuras de su personalidad; en ella brinda un conjunto de argumentos por medio de los cuales busca sustentar su tesis en rechazo a la adopción de niños por parte de parejas homosexuales:

El primero tiene que ver con el impacto negativo que puede generar la conformación de una familia homoparental en el desarrollo psicológico, educativo y conductual de los niños. Al respecto sustenta que la educación en los primeros años de la vida, se fundamenta en procesos de imitación, en los cuales el niño asimila, copia y reproduce la conducta de sus padres. Así también, el doctor Rojas sostiene que bajo la figura de un matrimonio homoparental, el niño va a carecer de un modelo masculino y femenino, lo cual es desfavorable para el desarrollo de su ámbito afectivo-emocional, a diferencia del desarrollo que pueda lograr bajo una figura familiar heterosexual.

Por otra parte, otro de los argumentos que esgrime en su tesis tiene que ver con la formación de la personalidad del niño. Al respecto el doctor Rojas afirma que “el niño es como una esponja, que chupa todo lo que va recibiendo en esas cuatro vertientes básicas de cual-

⁴⁰⁴ Rojas, Enrique. “No a la adopción por homosexuales”, ABC, 28.XI.04. Disponible en: <http://www.interrogantes.net/Enrique-Rojas-No-a-la-adopcion-por-homosexuales-ABC-280XI004/menu-id-27.html>

quier ser humano: física (desde los vestidos, modales, etc.), psicológica (todo lo que es el patrimonio psíquico), social y cultural”⁴⁰⁵.

Igualmente, la adopción de niños por parte de parejas homosexuales puede conllevar a una afectación de su entorno emocional, en el sentido que el niño puede llegar a tener “tensiones psicológicas, frustraciones, agresividad y discriminación”⁴⁰⁶, lo cual puede generar en el niño una carga muy pesada con efectos perjudiciales para su desarrollo y bienestar.

Esta tesis se afianza en la ponderación que realiza Álvaro Delgado Castro cuando expresa lo citado por Rojas en cuanto al hecho que “las parejas homosexuales constituyen una especie de laboratorio psicológico, en el cual, el niño es sometido a un experimento, tener dos padres o dos madres, cuyo resultado no se va a saber”. También afirma que el niño que es sometido al experimento no puede pronunciarse, pues le falta el referente masculino o femenino y sobre todo, carece de información en un momento clave para lo que sería su futuro como persona. En cuanto al tema específico de la adopción, los niños inmersos en este contexto no cuentan con capacidad para dar declaración o consentimiento informado sobre si quieren o no tener padres homosexuales o heterosexuales, además de significar una explotación del niño quien no tiene la capacidad ni la posibilidad de defenderse de esta situación.⁴⁰⁷

Por otra parte, en cuanto a las posiciones a favor de la adopción por parte de parejas homoparentales se pueden mencionar los estudios de la Asociación Canadiense de Psicología, organización que en el año 2003 concluyó que no existen diferencias a nivel de desarrollo psicosocial y de identidad de género, entre los hijos nacidos en familias heterosexuales frente a los hijos de familias homosexuales.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Ibíd.

⁴⁰⁶ Ibíd.

⁴⁰⁷ Delgado, Álvaro. *La adopción por homosexuales*. Universidad de Navarra. Disponible en: www.unav.edu/departamento/civil/files/file/civil/castro_adopcion.pdf

⁴⁰⁸ CPA. Marriage of Same-Sex Couples – 2006 Position Statement Canadian Psychological Association, 2006. Disponible en: <http://www.cpa.ca/cpaside/userfiles/>

Estas cuestiones que se abordan desde las visiones de la genética y las biociencias del comportamiento como la psiquiatría y psicología, encienden las alarmas del bioderecho, y por consiguiente la legislación comparada de otras latitudes que tienden a implementarse en Colombia con los avatares de la globalización, como es el caso de Holanda y España.

1. El matrimonio igualitario en la sociedad global: legislación holandesa y española, su impacto en Colombia

Una forma de comprender el debate suscitado en torno al tema de la homosexualidad alrededor del mundo (principalmente en Occidente), es haciendo un breve repaso por los contenidos del Acto Legislativo del 21 de diciembre de 2000, enmienda del Libro 1 del Código Civil de Holanda, relativo a la ampliación del matrimonio a parejas del mismo sexo.

Entre las principales enmiendas hechas al Código Civil, *en el artículo I*, a fin de ampliar el matrimonio a personas del mismo sexo, se encuentra la modificación al *artículo 30*⁴⁰⁹, según el cual el matrimonio se consideraba como aquello que tiene que ver con las relaciones civiles. Como resultado, el nuevo artículo afirma que “un matrimonio puede ser contraído por dos personas de diferente sexo o del mismo sexo”, explicitando el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio en condiciones igualitarias.

De igual manera, en España la incorporación en el ordenamiento jurídico español en lo atinente a la inclusión del matrimonio homosexual dio lugar a la Ley 13 de 2005. Después de los debates en las

Documents/Practice_Page/Marriage_SameSex_Couples_PositionStatement.pdf

⁴⁰⁹ “Article 30: 1. A marriage can be contracted by two persons of different sex or of the same sex.

2. The law only considers marriage in its civil relations. [Until now, article 30 only consists of the text of the second paragraph.]. Waaldijk, 2001a, p.2.

Cortes Generales y el lobby del colectivo LGBT para ese entonces, triunfador con la propuesta inclusiva de orden matrimonial, para el año 2005, bajo el gobierno socialista del presidente José Luis Rodríguez Zapatero; se universaliza el concepto de matrimonio en España, que se constituye como el tercer país a nivel mundial en aprobar estas modalidades matrimoniales, después de Holanda y Bélgica, permitiendo que todas las personas puedan contraer matrimonio, sin importar su orientación e identidad sexual.

De acuerdo con el artículo Único de la Ley 13 de 2005, el cual establece la Modificación del Código Civil de España en materia de derecho a contraer matrimonio, el código civil se modifica en los siguientes términos:

Se añade un segundo párrafo al artículo 44, con la siguiente redacción:

«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»⁴¹⁰.

Cabe señalar que dentro de la exposición de motivos para la mencionada reforma se visualizan cambios en el lenguaje diferenciado de hombre y mujer, padre y madre, por expresiones neutras con el objetivo de incluir las variantes de la diversidad sexual, bajo el entendido que todas las personas quedan representadas en la legislación matrimonial sin preconizar el sexo.

Estas normatividades han tenido un impacto directo en el proceso legislativo colombiano, en vista que se han tomado como referentes para la formulación de proyectos de ley, y de las sentencias que ha proferido la Corte Constitucional, en cuanto a reconocimiento de derechos para parejas del mismo sexo, y de igual manera para los casos de adopción y la constitución de familia homoparental.

⁴¹⁰ Capítulo II del Código Civil Español, en cuanto a los requisitos del matrimonio se refiere, quedó así: Artículo 44.

2. Biojurisprudencia de la Corte Constitucional: matrimonio de un mismo sexo y la familia homoparental

La Corte Constitucional ha reconocido por vía jurisprudencial derechos a las personas con alianzas afectivas de un mismo sexo, a la conformación de familia homoparental, en el ámbito de la adopción, siempre y cuando los hijos sean biológicos de uno de los dos miembros que conforman la pareja de un mismo sexo.⁴¹¹

No obstante, las transformaciones multiculturales traen otras formas de entamar los lazos afectivos ante la diversidad sexual, que no se predica únicamente a parejas de un mismo sexo, sino también en torno a las relaciones amorosas grupales y poliamorosas que seguirá impactando en la naturaleza biojurídica de la familia ante los reconocimientos biojurisprudenciales de la Corte Constitucional. Y es así como se continúan aflorando las interrogaciones con los hijos del poliamor ante cuestiones tales como: ¿Quiénes son los padres? ¿Quiénes son las madres? ¿Cuántos apellidos les corresponden a esos hijos? ¿Quiénes son los padres genéticos? ¿Quién es la madre subrogada? ¿Qué derechos les asisten a los hijos del poliamor?

Se avizoran nuevos modelos de filiación. Lejos está quedando la familia conformada por un hombre y una mujer como núcleo fundamental de la sociedad y la crianza de hijos por padre y madre.

3. Matrimonio, progenie homoparental y biopolíticas públicas: propuesta del bioderecho

Se vislumbra que hasta la presente no existe desarrollo legislativo por parte del Congreso de Colombia, con relación al matrimonio de parejas de un mismo sexo, pese que se han presentado iniciativas que se han archivado⁴¹². Por tanto, se observa que el Congreso no asume su fun-

⁴¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-071/15.

⁴¹² El Proyecto de Ley número 47 de 2012, sobre matrimonio igualitario en Co-

ción legisladora. Se percibe en el recinto de la democracia colombiana, un debate inacabado que se construye con posturas filosóficas radicales en cada legislatura. Consecuentemente, la Corte Constitucional se abroga esa función legislativa y va más allá de la interpretación que le corresponde del alcance y contenido de las normas. Por consiguiente la “Guardiana de la Constitución Nacional”, ha colegislado a favor de las minorías. Empero, las familias homoparentales están creciendo a pasos agigantados, *prima facie*, por los avances de la biomedicina y la biotecnología, con las técnicas de la procreación humana asistida, trátese de la inseminación artificial o fertilización in vitro FIV, en acopio a la salud sexual y reproductiva, cuando la fecundación no es posible realizarla por los métodos naturales; en este caso, por ausencia de complementariedad biológico-genética entre parejas de un mismo sexo⁴¹³.

Se evidencia que el propósito de la comunidad LGBTI, trátese de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, y demás diversidades sexuales es el de reclamar en los estrados judiciales lo que consideran sus derechos al matrimonio igualitario en parejas de un mismo sexo; pretendiendo sea extendido en grupos en acopio del poliamor, incluyendo la conformación de familia sin perjuicio de la condición, orientación o identidad sexual, invocando el derecho a la salud sexual y reproductiva, mediante la adopción y la procreación humana asistida⁴¹⁴, cuya situación cultural permea y tiende a transformar el ordenamiento jurídico. Por ende, es el pueblo colombiano mediante referendo el que tiene la potestad, como “Constituyente Primario” cualificado⁴¹⁵, en ejercicio del mecanismo de participación

lombia, presentado por el senador Armando Benedetti, recibió 17 votos a favor y 51 en contra de la iniciativa. El resultado se dio durante el segundo debate de la Plenaria en el Senado de la República, el 17 de abril de 2013. *Gaceta del Congreso*, 2012.

⁴¹³ Zárata, Amparo de Jesús. *Biomedicina y Biotecnología ante la violencia prenatal. Legislación comparada con el Derecho español*. Bogotá: Ediciones de la U- Lid Editorial. 2014, p. 91.

⁴¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-577 de 2011.

⁴¹⁵ Se debe entender por constituye primario cualificado, el empoderamiento de los ciudadanos colombianos en la comprensión del temario que se pondrá a su

democrática, de avalar o no la normativa frente a las diferentes modalidades de relaciones afectivas de un mismo sexo (matrimonio, unión civil o unión solemne), como lo ha establecido la Corte Constitucional por vía jurisprudencial.

Conclusiones

Lo dilucidado en la presente ponencia, hace parte de los hallazgos colaterales encontrados en el proyecto de investigación que se socializa en el Segundo Congreso Iberoamericano de Filosofía Práctica, referenciado en el resumen de la misma, ante las biopolíticas públicas colombianas que avanzan a conceder prontamente derechos equiparables a la comunidad LGBTI por vía biojurisprudencial y mediante decretos de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Esta construcción y deconstrucción del imaginario social permeado por los avatares culturales, permiten que se haga un análisis sobre estos tópicos que generan desafíos a la bioética y el bioderecho, desde la mirada de las biopolíticas públicas en tres escenarios geográficos diferentes como lo son Colombia, Holanda y España.

Estos dilemas bioéticos que se suscitan en el discurso cotidiano como un problema, al pretender resolverse a través de dos soluciones: trátase de la bioética fundamentada en la filosofía personalista o conservadora y la bioética liberal, denominada utilitarista o progresista, resulta inaceptable. Y al elegir una de las dos no hay conformidad; se generan dudas entre las dos alternativas. Ulteriormente, se pone de manifiesto la posible mutabilidad biojurídica de la institución del matrimonio en Colombia y la familia nuclear ante los cambios paradigmáticos en el contexto normativo de la sociedad global.

consideración en las urnas, en ejercicio del derecho al voto como mecanismo de participación ciudadana, para avalar o no los asuntos atinentes a los derechos, garantías y deberes establecidos en la Constitución Política de Colombia frente a los derechos sociales, económicos y culturales que establece el artículo 42, prima facie sobre el matrimonio y la constitución de la familia.

Habida consideración, que lo normado en materia matrimonial extensiva a todas las personas sin distinción a su diversidad sexual en Holanda y especialmente en el país Ibérico, se pretende replicar en la normatividad colombiana como un derecho humano, donde los efectos y naturaleza biojurídica del matrimonio de un mismo sexo y la creación de familias homoparentales, se articulan en la progenie del deseo, ante la autonomía y libertad sin límites de la conducta humana, amparada en el libre desarrollo de la personalidad.

Se demuestra igualmente, que el paradigma de la evolución como especie *homo sapiens sapiens*, en cuanto al ADN mitocondrial y cromosómico, va perdiendo su importancia dentro de la genealogía e historiografía en lo que somos como especie humana en la transmisión de características hereditables. Se observa que lo que prevalece dentro de la cosmovisión multicultural son más los aspectos institucionales que los biológicos, en la búsqueda de la equiparación de los distintos modelos afectivos y de familia homoparental, dejando de lado los componentes de los vínculos fraternos filiales y consanguíneos adquiridos consuetudinariamente por la genética y los datos biológicos consagrados en el ordenamiento jurídico vigente para las familias heterosexuales en Colombia.

Por tanto, es el “Constituyente Primario” cualificado, el que tiene la última palabra en la determinación de consagrar normativamente las diferentes modalidades de relaciones afectivas de un mismo sexo (matrimonio, unión civil o unión solemne), como lo ha establecido la Corte Constitucional,⁴¹⁶ o si, por tratarse de situaciones afectivas diversas, merecen un trato jurídico diverso en aras de los derechos humanos que nos asisten por el hecho de pertenecer a la especie humana, y de la protección jurídica de la familia tradicional conformada por hombre y mujer. Ergo, el camino a seguir ante las dicotomías actuales discurridas en la presente ponencia, es el de convocar al pueblo colombiano al “referendo” como importante mecanismo de participación ciudadana y de modificación de los principios y derechos fundamentales en Colombia, con el propósito que se acepten o no

⁴¹⁶ Corte Constitucional Sentencia 577 de 2011.

los cambios culturales que igualmente se avecinan bajo la pretensión ostensible de la transformación de la familia, con “neofamilias homoparentales”, amparadas esencialmente con las técnicas de fecundación asistida, que trascienden paulatinamente al retículo normativo constitucional y legal, eludiendo la diversidad étnica en el orbe que nos ha correspondido transitar en nuestra condición de humanos.⁴¹⁷

Referencias bibliográficas

CPA. Marriage of Same-Sex Couples – 2006 Position Statement Canadian Psychological Association, 2006. Disponible en: http://www.cpa.ca/cpsite/userfiles/Documents/Practice_Page/Marriage_SameSex_Couples_PositionStatement.pdf

Código Civil Colombiano. artículo 113.

Código Civil de Holanda. Acto legislativo del 21 de diciembre de 2000, enmienda del Libro 1.

Código Civil Español.

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia 577 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011.

Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley 47 de 2012. Por medio de la cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=47&p_consec=33584

⁴¹⁷ Zárata Cuello, Amparo de Jesús. VII Congreso Internacional de Bioética. Dilemas y Polilemas de la Bioética y Desafíos del Bioderecho ante la fecundación humana asistida y adopción homoparental en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada, 22 a 24 de abril de 2015. Bogotá. D. C.

Rojas, E. “No a la adopción por homosexuales”, *ABC*, 28.XI.04. Disponible en: <http://www.interrogantes.net/Enrique-Rojas-No-a-la-adopcion-por-homosexuales-ABC-280XI004/menu-id-27.html>

Zárate, A. de J. (2015). VII Congreso Internacional de Bioética. Dilemas y Polilemas de la Bioética y Desafíos del Bioderecho ante la fecundación humana asistida y adopción homoparental en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada, 22 a 24 de abril de 2015. Bogotá. D. C.

Zárate, A. de J. (2014). *Biomedicina y Biotecnología ante la violencia prenatal. Legislación comparada con el Derecho español*. Bogotá: Ediciones de la U- Lid Editorial, pp. 91.

Zárate, A. de J. (2011). El Bioderecho como instrumento en la determinación de los límites a la libertad de investigación. Especial referencia a la eugenesia positiva en genética humana: Madrid (España), 2011, 19-20. Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho. Departamento Filosofía del Derecho. Persona, sociedad y derecho: legitimidad y legalidad) Universidad Complutense de Madrid (España).