



Neutra natura. Un enfoque institucional de los conceptos “sexualidad”, “matrimonio” y “familia”.*

Roberth Uribe Álvarez**

Luis Alberto Gómez Castrillón***

Resumen

El artículo plantea el carácter institucional que revisten categorías como ‘sexualidad’, ‘familia’ y ‘matrimonio’, así como las relaciones que se suscitan entre ellas en las sociedades y ordenamientos jurídicos contemporáneos que adoptan la forma organizativa de Estados Constitucionales de Derecho. Este planteamiento se presenta como una alternativa discursiva para neutralizar las pretensiones de retorno a la naturalización o biologización de estas instituciones y de otras conductas sociales por parte de diversos sujetos jurídicos, tanto doctrinarios como jurisprudenciales, así como de otros sujetos sociales, especialmente de orientación confesional.

Palabras clave: sexualidad; matrimonio; familia; naturaleza; biologización; institucionalización; Estado Constitucional; laicismo.

Neutra natura: An institutionalist approach on the relationships between the concepts of sexuality, marriage and family

Abstract

The article proposes the thesis of the institutional character of categories such as “sexuality”, “marriage” and “family”, as well as the relationships that arise between them in societies and contemporary legal systems that adopt the organizational form of Constitutional State of Law. This approach is presented as a discursive alternative to neutralize the claims of returning to the naturalization or biologization of these institutions and other social behaviors, by various legal subjects, both doctrinal and jurisprudential, as well as other social subjects, especially of confessional orientation.

Keywords: sexuality; marriage; family; nature; natural events; institutional facts; biologization; Constitutional State; secularism.

Neutra natura: Uma abordagem institucionalista sobre as relações entre os conceitos de sexualidade, casamento e família

Resumo

O artigo levanta a tese sobre o caráter institucional que revestem categorias como “sexualidade”, “familia” e “casamento”, bem como as relações que se suscitam entre elas nas sociedades e ordenamentos jurídicos contemporâneos que adotam a forma organizativa de Estados constitucionais de Direito. Este levantamento apresenta-se como uma alternativa discursiva para neutralizar as pretensões de retorno à naturalização ou biologização destas instituições e de outras condutas sociais, pelos diversos sujeitos jurídicos, tanto doutrinários como jurisprudenciais, bem como de outros sujeitos sociais, especialmente de orientação confessional.

Palavras-chave: sexualidade; casamento; familia; natureza; fatos naturais; fatos institucionais; biologização; institucionalização; Estado constitucional; laicismo.

* Artículo de reflexión. Los autores agradecen a los pares anónimos de la Revista Estudios de Derecho, las recomendaciones que formularon a una versión anterior del artículo y que contribuyeron a su mejoramiento.

** Abogado de la Universidad de Antioquia. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Eafit. Coordinador de Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo: roberth.uribe@gmail.com ORCID: 0000-0002-7696-4864

*** Abogado de la Universidad de Antioquia. Profesor de cátedra en la Escuela de Ciencias de la Salud de la Universidad Pontificia Bolivariana y de la Especialización en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia. Correo: lagsantander@yahoo.com ORCID: 0000-0002-6669-1559

Cómo citar este artículo: Uribe, R. y Gómez, L. A. (2017). Neutra natura. Un enfoque institucional de los conceptos “sexualidad”, “matrimonio” y “familia”. *Estudios de Derecho*, 74 (164), pp-pp. 125-150.

DOI: 10.17533/udea.esde.v74n164a06

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2018 • Fecha de aprobación: 2 de abril de 2018

Neutra natura. Un enfoque institucional de los conceptos “sexualidad”, “matrimonio” y “familia”

I. Planteamiento del problema

1. En este trabajo se realiza un análisis conceptual de los términos “sexualidad”, “matrimonio” y “familia”, descriptivo de algunos de los usos de estos conceptos y de sus relaciones en la dogmática del derecho de familia y en la jurisprudencia constitucional colombiana contemporáneas. A partir de este estudio se plantea la viabilidad de formular una comprensión de las uniones entre parejas de homosexuales, alternativa a la que ha sido tradicional en Colombia y otros países, en virtud de la cual es factible el tratamiento jurídico de estas uniones como “familias” y como “matrimonios”.

La concepción tradicional respecto del concepto de “familia” y, a partir de ella, de las relaciones entre este concepto y los de “sexualidad” y “matrimonio”, implica la adscripción a una ‘tesis biologista’, a partir de la cual se argumenta que tanto la unión sexual como el matrimonio entre personas heterosexuales son hechos acordes a “la naturaleza” y que, *contrario sensu*, las relaciones sexuales y el matrimonio realizados entre parejas de personas LGTBI son “contranaturales”.

Por su parte, la concepción alternativa que se propone pretende aportar elementos que permitan el viraje hacia una ‘tesis institucional’, en virtud de la cual, las uniones sexuales y maritales en ningún caso pueden ser valoradas como un acto contranatural por el derecho de un Estado constitucional.

2. En la última década la Corte Constitucional colombiana ha emitido diversos pronunciamientos de constitucionalidad con motivo del ejercicio de sendas acciones públicas de inconstitucionalidad dirigidas contra disposiciones jurídicas de carácter legal, encaminadas al reconocimiento igualitario de derechos para las personas del mismo sexo que forman una pareja estable y singular, similares a los de los cónyuges como sujetos de la relación jurídica “matrimonio”, en aplicación del principio constitucional de igualdad.

Con todo y las obvias resistencias de distintos actores e instituciones sociales, especialmente las iglesias de filiación judeocristiana y de algunas bancadas de partidos políticos del Congreso de la República (Gallego, 2010), la Corte comenzó a desplegar un reconocimiento paulatino de estos derechos para parejas de homosexuales (*i.e.* a ser beneficiarios del sistema de salud de la pareja cotizante; a la sustitución pensional como pareja supérstite).

En los últimos años este reconocimiento incluyó, para estas parejas, el derecho de formar una familia, sin la posibilidad de acceder a la institución matrimonial, cuya aprobación difirió la Corte, por razones de competencia constitucional, al Congreso de la República, para que en un plazo de dos años legislara sobre la regulación de las uniones (“matrimonio”) entre estos sujetos, y mejorara el déficit de igualdad de derechos que jurídicamente les afectaba.

3. Metodológicamente este es un trabajo de análisis del discurso (doctrinario y jurisprudencial) del derecho de familia en Colombia, que combina, de un lado, aspectos descriptivos de los conceptos “sexualidad”, “matrimonio”, y “familia” y de las relaciones discursivas entre éstos en tanto categorías básicas de dicho discurso. De otro lado, aspectos valorativos o propositivos dirigidos a la modificación o sustitución de dichas relaciones conceptuales por otras, alternativas, que se consideran más pertinentes desde una dogmática del derecho de familia constitucionalizado en coherencia con el modelo de Estado constitucional. Este recurso a la distinción de los planos de análisis conceptual, descriptivo y prescriptivo hace del trabajo, metodológicamente, además de uno de análisis del discurso, también uno de filosofía analítica del derecho.

II. Precisiones y diferenciaciones conceptuales de dos binomios: “reproducción-sexualidad” - “matrimonio-familia”

4. Para adoptar las diferentes decisiones referidas, la Corte Constitucional colombiana transformó toda una tradición cultural, que en materia de concepciones del derecho de familia ha existido en nuestra cultura jurídica nacional en torno a los conceptos de “matrimonio” y “familia”: la ‘tesis biologista’ de la familia, a partir de la cual ésta se entiende como “núcleo esencial” de la sociedad, formada entre personas de distinto sexo y para procrear.

Bajo los postulados de sus representantes, la construcción de una noción jurídica de familia debe considerar los siguientes elementos:

La voluntariedad. La constitución de la familia tiene su origen en un acto de voluntad, libre. [...] La finalidad constitucional y pública de protección de sus miembros y de promoción de los derechos, valores y principios fundamentales de la persona humana. [...] La constitución

efectiva de una unidad de convivencia, de cuidados recíprocos no solo de contenido ético sino económico. [...] La permanencia y estabilidad. Una familia es tal solo si sus miembros proyectan una unión estable, duradera que genere el marco adecuado para cumplir sus fines. [...] La notoriedad y la publicidad. La convivencia que se oculta sin justa causa, la unión clandestina, no puede merecer la protección del derecho. [...] La existencia de algún vínculo jurídico. [...] La conyugalidad o el parentesco no son ya los únicos vínculos jurídicos posibles. *El vínculo jurídico equivale al reconocimiento legal de la convivencia.* (Pereda, 2006, pp. 204-205 –cursivas agregadas).

La ‘tesis biologista’ surge como consecuencia de concebir la idea de la sexualidad entre personas que están unidas por vínculos de afinidad, prioritariamente como un instrumento de generación de descendencia y de perpetuación de la especie humana, respecto del cual es secundario un fin diferente, como por ejemplo, uno hedonista o de placer mutuo entre la pareja.

Esta concepción es instrumental al modelo económico-político capitalista (Roudinesco, 2002), que como es sabido propende por el fomento de la conformación de familias estándar que en las sociedades de este modelo constituyen su motor principal de sustentabilidad y perpetuación. Con ello se garantiza la existencia de consumo constante de bienes y servicios, lo que genera un privilegio social de este tipo de “familia” en las representaciones sociales sobre esta institución. Al mismo tiempo, el modelo estigmatiza y desvalora los matrimonios, sexualidades y familias divergentes (Córdova, 2011), concretamente las “familias homoparentales” o no-tradicionales, que no corresponden al modelo biologista de procreación y preservación de la especie y ni al modelo económico de mercado:

F. Engels, y antes L. Morgan y K. Marx mismo, detectaron que la familia burguesa había introducido/heredado históricamente una cualidad insoslayable que se convirtió en insustancial como parte del sistema capitalista, y era que estaba “unida a la propiedad privada”, que la familia era una de las instituciones nodales de sus producción y reproducción material, sociocultural y sentimental, dado que la propiedad privada era una característica sustancial al modo de ser del capitalismo, éste tenía que conformar “una forma general de familia” adecuada a esa característica. Por ende, la familia nuclear capitalista tenía que basarse en ella y garantizarla, su carácter nuclear, atomizado, era por ello imprescindible y correspondiente. Igualmente el matrimonio monogámico y la monogamia le fueron “necesarios” dado el carácter privado/privatizador de los vínculos, afectos, actividades y, desde luego, propiedades (de las cosas y de los sujetos implicados); los sujetos esposos se co-pertenecían legalmente bajo esa dinámica de la propiedad privada alimentada y reproducida ampliamente en la familia y su normatividad. (Adame, 2003, p. 147).

De otro lado, esta concepción biologista realiza una valoración irracional de la sexualidad humana, al reducir la deliberación sobre las prácticas sexuales a una instancia básicamente reproductiva, privilegiando nuestra condición de seres mamíferos por encima de la de seres sociales. De ahí que, para esta corriente, la sexualidad hedonista sea un hecho superfluo frente a la sexualidad procreadora, rechazando aquellas formas de unión sexual como las realizadas entre personas homosexuales y transgeneristas, que no permiten la procreación natural. En consecuencia, desde esta concepción se proscriben jurídicamente las instituciones de la familia, el matrimonio y la adopción por estos sujetos.

5. Frente a esta 'tesis biologista' existe una concepción alternativa, a la que se puede denominar 'tesis institucional' de las relaciones entre los conceptos "sexualidad"- "familia"- "matrimonio". Conforme a esta, que puede fundamentarse en las teorías (neo)institucionales del derecho (MacCormick, 2011), es procedente la delimitación "hechos institucionales" - "hechos brutos" a efectos de establecer el "ámbito de regulación del derecho", adscripto sólo a los primeros, entendiendo por "regulación" su constitución jurídica independiente y alterna a la que puedan tener tales hechos, como "sociales" o "brutos", en otros referentes cognoscitivos como las disciplinas sociales y naturales, o regulativos como la moral social y la religión:

Existe ante todo una general posición antireduccionista. Ella se manifiesta en primer término en el campo ontológico, de manera que la realidad social no es considerada como reducible completamente a aquella material espacio-temporal (como afirman sin embargo los realistas escandinavos a la Olivecrona), y se distingue entre "hechos brutos" y "hechos institucionales" (reconduciéndose a una propuesta del filósofo John Searle). Así, el Derecho no es reducido a una serie de normas, si bien sistematizadas entre sí, sino que se considera que en la definición del concepto de Derecho deben tenerse en cuenta también otros elementos como los ámbitos de acción hechos posibles por las normas y los principios de acción expresados en un cierto contexto social, que inspiran aquellas normas y cuya aplicación rigen bien o mal. Además no se tiene una visión obsesivamente prescriptivista de las normas, sino que se considera que no sólo restringen sino que también extienden el campo de acción de los seres humanos. Gracias a las "instituciones" (contrato, propiedad, matrimonio, etc.), los seres humanos -dice MacCormick-, están en condiciones de aumentar el número de hechos existentes en el mundo, sin necesariamente acrecentar el número de objetos físicamente existentes (La Torre, 2006, p. 108).

Desde los planteamientos de la 'tesis institucional' la sexualidad es un hecho complejo (Butler, 1996), toda vez que, si bien tiene un sustrato biológico, este solo adquiere sentido dentro de un contexto social y cultural, el cual la dota de significado normativo:

Toda realidad, incluida la realidad social, tiene algún componente natural. Los hechos físicos (o brutos) son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de hechos físicos. Una clase de hechos sociales son los hechos institucionales, definidos por lo normativo. Los hechos institucionales se construyen por los seres humanos, organismos biológicos inteligentes que forman parte de la realidad natural, asignando colectivamente y normativamente funciones a los hechos brutos para que incidan en la realidad natural y social. Lo natural y lo normativo interactúan recíprocamente (Mir, 2005, pp. 23-24).

El derecho y la religión son reguladores normativos en ese sentido social y cultural de diversas acciones humanas, entre ellas la sexualidad, la procreación y la convivencia familiar. El derecho, permitiendo o prohibiendo la existencia y la eficacia de instituciones como la familia, el matrimonio y la adopción entre sujetos, puedan o no procrear, con independencia de su identidad sexual; la religión, fijando como patrones de comportamiento (religioso) parámetros para calificar como “pecado” (o no) este tipo de conductas.

En la historia de la “sexualidad”, el “matrimonio” y la “familia”, la irrupción de la Modernidad occidental y su teoría del Estado de derecho genera la adscripción de la ‘tesis biologista’ a la religión y de la ‘tesis institucional’ al derecho, concebido, en tanto que derecho moderno, como derecho laico, que separa la(s) iglesia(s) y el Estado y el derecho y la religión (Uribe Álvarez, 2012).

La posibilidad de confluencia de estos reguladores normativos depende del modo como estén prescritas constitucionalmente las relaciones iglesia-Estado y derecho-religión. Si se trata de un Estado laico, como el colombiano, la confluencia es ilegítima, dado que el derecho aquí se debe adscribir a la ‘tesis institucional’ y, por ende, se debe separar de la ‘tesis biologista’ (y su regulador: la religión), que se torna jurídicamente irrelevante. Si se trata de un Estado confesional el derecho no podría separarse de la concepción biologista y la confluencia entre la regulación jurídica y la religiosa es necesaria y relevante.

6. En los Estados confesionales e incluso algunos relativamente laicos existe una narrativa estándar de la relación “sexualidad-matrimonio-familia” que se vierte en la pretensión de construir conceptos totalizantes de algunas conductas humanas, especialmente de la “sexualidad”, que den cuenta, unidimensionalmente, de todas las formas de comportamientos sexuales posibles, y que termina convirtiéndose en un elemento de exclusión de situaciones nuevas o alternativas al comportamiento tradicional de la heterosexualidad, originando respuestas a dichas conductas divergentes a las que se les da la forma de disputas irreconciliables, donde la solución más fácil, tal vez obvia, parece ser la de etiquetar lo divergente como contranatural, pecaminoso e, incluso, delictual (Gómez Castrillón, 2013, p. 107).

Este rótulo conlleva la construcción de la idea de que solo es "natural" o, si se quiere "normal" o "aprobado" (Calvo, 2010), aquello que tenga las medidas necesarias para ajustarse al arquetipo, en este caso la heterosexualidad, sin fisurarlos. El problema se agudiza si la conducta que se desea encauzar es algo tan diverso como la sexualidad humana, la cual, si bien es el resultado de la integración de fenómenos biológicos, sociales y culturales, puede expandirse de forma avasalladora, al punto de que cualquier intento de definirla en términos de "lo normal", es un esfuerzo reduccionista e inane, dado que en su direccionamiento concurren las pulsiones, el placer, la cultura, las prácticas y las representaciones sociales, que tratan de ser controladas a través diferentes dispositivos como la religión, la familia y la escuela, en los cuales se construye, aprende y reproduce el modelo de "lo normal":

Más que la uniforme preocupación de ocultar el sexo, más que una pudibundez general del lenguaje, lo que marca a nuestros tres últimos siglos es la variedad, la amplia dispersión de los aparatos inventados para hablar, para hacer hablar del sexo, para obtener que él hable por sí mismo, para escuchar, registrar, transcribir, y redistribuir lo que se dice (Foucault, 1991, p. 23).

8. La 'tesis biologista' concibe la ecuación 'sexo-placer' como superflua, haciendo de la sexualidad un mero asunto de concordancias anatómico-reproductivas, desaprobando socialmente la connotación sexual de aquellos encuadres de estructuras corporales no-reproductivas (la boca, el esfínter anal, los dedos, etc.). Frente a esta concepción, son pertinentes puntos de vista alternativos que llaman la atención sobre la necesidad de concepciones culturales de la corporeidad:

En el humano el sexo no se reduce a la anatomía, ni está en una relación de correspondencia biunívoca con ella; es, por una parte, una atribución performativa proveniente del otro y, por otra parte, una declaración, es decir, un acto inscrito en el campo del lenguaje, que cada quien lleva a cabo y con el cual testimonia del deseo que lo/la habita, que lo/la tiene tomado/a (Meléndez, 2011, p. 206).

Desde concepciones de la corporeidad sexual como la 'tesis biologista' que se acaba de describir, se despliega un trabajo (biopolítico) de regulación cultural respecto de la validación social del uso sexual que se puede realizar de órganos reproductivos y no-reproductivos, el cual puede generar placer sexual en tanto fenómeno fisiológico y neuropsicológico, soslayando con ello que

El cuerpo como espacio simbólico representa una suerte de fricción entre quienes consideran la masculinidad y la feminidad como un ordenamiento cuyas características sociales responden a patrones biológicos y quienes restan importancia a su materialidad frente al cúmulo de significados que se entretienen acerca de las diferencias de

género. Sin embargo, estar cerca de una lógica que reconoce la centralidad de la cultura y de la historia en la construcción de identidad de género, también nos permite observar que las prácticas sociales llegan a permear las definiciones, los usos y los significados corporales de las personas en función de su diferencia sexual mucho más allá de su distinción hormonal y reproductiva (Faur, 2003, pp. 45-46).

En contrapunto, la ‘tesis institucional’ trata el concepto de “sexualidad” como una práctica individual y social que incluye todas aquellas manifestaciones erógenas por medio de las cuales los individuos encauzan la pulsión biológica que los dirige a procrear y a buscar placer, y no necesariamente a reproducirse. Así visto, es el *animus* de erogeneidad uno de los elementos nucleares en la configuración de la sexualidad, la cual no depende tanto de la condición natural de los actores de las relaciones sexuales para procrear, como de dicho ánimo. Con ello, forman parte del concepto de sexualidad todo tipo de relaciones llevadas a cabo tanto por personas heterosexuales como por las personas LGTBI, encaminadas a la obtención de placer sexual (Vargas, 2009), y que por tanto no se realizan con la finalidad de procrear.

Esta concepción de la ‘tesis institucional’ de la sexualidad implica que el ejercicio de esta se tome como parte del proceso de obtención de felicidad en los modos y las formas de vida de los sujetos sociales, en el entendido de que en una concepción laica de estas relaciones es legítimo que los individuos que así lo consideren, entre los varios instrumentos con los que cuentan para el logro de su felicidad, recurran a la sexualidad como uno de ellos; a diferencia de la concepción derivada de la ‘tesis biologista’ en la que la prioridad de la procreación y la monogamia repudia la búsqueda de placer como factor legítimo de la felicidad humana.

De este modo, a partir de una concepción institucional de la sexualidad, tiene sentido que aquellos casos de parejas que están en imposibilidad de procrear, por estar conformadas por sujetos homosexuales, sean tratados como *familia(s)*, desde su condición de seres sociales sexuales libremente unidos por lazos de afectividad y solidaridad, así aparezcan como improductivos en términos de la contribución a la preservación de la especie humana y de la sustentabilidad del modelo económico capitalista.

III. Una aproximación a la tríada ‘sexualidad-familia matrimonio’ en Occidente

9. La ‘tesis biologista’, privilegiada como dispositivo discursivo de configuración de la sexualidad en Occidente (Otis-Cour, 2000), en el marco de la tradición judeo-cristiana, promueve una concepción de la tríada “sexualidad-familia-matrimonio” que establece una relación necesaria entre el ejercicio de la sexualidad, la

constitución de una familia y el matrimonio, así: solo las parejas de heterosexuales y fértiles, en tanto cuentan con la capacidad para procrear, pueden casarse, que es el propósito “natural” del matrimonio conducente a la familia y, por tal razón, el de su sexualidad (“natural”) heterosexual:

Parte del argumento de la antinaturalidad de la homosexualidad nos presenta el matrimonio como una “institución natural”. Sin embargo, si el matrimonio es la unión concertada entre dos individuos mediante ritos o formalidades legales, entonces no encontramos matrimonios en la naturaleza. Aunque encontramos la formación de parejas estables y monógamas entre algunas especies de animales, estos no tienen instituciones sociales como la del matrimonio: no se casan, pero tampoco tienen gobiernos, comercio, impuestos, moneda, propiedades o fiestas de cumpleaños. Y no encontramos nada de esto en el reino animal porque todas estas instituciones son productos de un lenguaje desarrollado y complejo y de determinados actos de habla. Fuera de esta interpretación, no parece tener sentido la afirmación de que el matrimonio está enraizado en la naturaleza o es una institución natural. Más que ser natural, el matrimonio es lo que muchos teóricos gustarían de llamar una “construcción social”, es decir, producto de prácticas sociales histórica y culturalmente determinadas; por eso encontramos tanta variabilidad cultural en las concepciones de lo que es un matrimonio (Millán, 2011, p. 159).

Esta concepción consolida el paradigma de la “familia heterosexual reproductiva” (Castelin, 1999), que ha originado una representación social estandarizada y dominante de la sexualidad heterosexual, de la familia tradicional (no-homoparental) y del matrimonio monogámico-procreativo (Morales, 2012), así como de su funcionalidad al ser una tríada indisoluble que combina el estándar biológico de la heterosexualidad reproductiva con el aspecto del matrimonio como una institución condicionada por la naturaleza, solo legítimo en tales situaciones.

Este paradigma (Guasch, 2011) desestima como anormales, infractoras e ilegales y, sobre todo, “contranaturales”, las formas diversas y alternativas de la sexualidad, la familia y el matrimonio, ejercidas por parejas de homosexuales que quieren ser incluidas en las categorías sociales y jurídicas “matrimonio” y “familia”.

10. Así mismo, desde la perspectiva de la ‘tesis biológica’, la consolidación del paradigma de la familia heterosexual y reproductiva es la consecuencia cultural de una representación social de la “masculinidad” que, siguiendo a distintos autores de las ciencias sociales, suele ser descrita como ‘masculinidad-macho’ o ‘machista’ (Díaz, 2013; García, 2005; Viveros, 2002). Bajo esta representación sociocultural de la masculinidad (machista), hombres y mujeres son sujetos clasificados en clave de la relación que existe entre ‘macho’ y poder (Rosa, 2011); la masculinidad del hombre de mayor aceptación o aprobación es la de aquel que se comporta como

‘macho’, que domina y ejerce poder en las relaciones sociales, especialmente en las relaciones matrimoniales y familiares tradicionales:

La hegemonía del varón y de lo masculino es una constante en el occidente judeocristiano (...) uno de los espacios donde el varón puede imponer sus epidemias de violencia es la esfera domestica (...) La violencia masculina en el hogar continuará siendo frecuente en aquellos ámbitos donde la heterosexualidad siga claramente vigente: especialmente entre las clases más bajas y los sectores más conservadores de la sociedad (Guasch, 2000, p.128).

Al tiempo, la feminidad (López de la vieja, 2014, 143) socialmente aprobada es la de aquella mujer que acepta y posibilita en dichas relaciones el ejercicio de poder por el hombre-macho:

Parece claro pues, que el homosexual, en cualquiera de sus variantes, es un producto de su cultura. ¿Cuáles son los elementos de nuestra idiosincrasia sexual que propicia la existencia de homosexuales? A mi juicio, el factor clave es la concepción sexista de la masculinidad y la feminidad. Como principios opuestos y mutuamente excluyentes. Así si existe una libido masculina orientada a las mujeres y una libido femenina orientada a los varones, entonces ningún varón como “Dios manda” puede tolerar el contacto sexual con varones, pues esto pertenece a la naturaleza femenina y viceversa. Puesto que este principio de exclusión mutua entre las sexualidades, masculina y femenina no permite la existencia de individuos con apetitos que se presumen impropios de su sexo (García Leal, 2005, p. 226).

Estas dimensiones de poder de la masculinidad-macho (Muñoz, 2017) se ejercen en distintos ámbitos de las relaciones sociales y familiares, y específicamente en las representaciones sociales predominantes de la sexualidad, la familia y el matrimonio. En la “sexualidad”, desvalorando las formas diversas a la heterosexual, lo que se lleva a cabo desconociendo u obstaculizando el reconocimiento jurídico de sus efectos (*i.e.* reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la conformación de la sociedad patrimonial). En “la” familia, excluyendo de esta categoría, aquellas familias “atípicas” que están conformadas por parejas de homosexuales. En el “matrimonio”, autorizándolo solo en los casos en que éste es llevado a cabo por un hombre y una mujer (definidos así desde un punto de vista biológico) con la finalidad de la procreación¹.

1 Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio *o por la voluntad responsable de conformarla* (cursivas agregadas).

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.”

IV. Sexualidad, matrimonio y familia: ¿(pre)definidos por "la naturaleza" o creados socialmente?

11. Una cuestión de gran importancia es la que concierne a la capacidad de rendimiento de las relaciones conceptuales de la tríada "sexualidad-matrimonio-familia" construidas bajo el paradigma biologista-heterosexual, combinado con el de la masculinidad-macho, frente a las nuevas situaciones sociales originadas a partir de las familias homoparentales como las conformadas por parejas de homosexuales, bisexuales, transexuales, transgeneristas e intersexuales, cuya sexualidad no está "naturalmente" encaminada a la reproducción, y que reclaman, al tiempo que ameritan, la posibilidad de reconocimiento jurídico en términos igualitarios a la de los cónyuges heterosexuales.

Esta capacidad de rendimiento es limitada o deficitaria, toda vez que no incluye las relaciones entre estos sujetos y, en tal medida, requiere su reformulación, en los siguientes términos:

i) Que no esté limitada a sujetos definidos como producto de la equiparación naturalista o biologista de "sexo" y "género", en otras palabras, que la regulación de los sujetos que puedan casarse y conformar familia se establezca con independencia de su género, dado que lo importante es su condición de sujetos jurídicos con capacidad de ejercicio:

El concepto de género se refiere a la construcción social y cultural que se organiza a partir de la diferencia sexual. Supone definiciones que abarcan tanto la esfera individual-incluyendo la subjetividad, la construcción del sujeto y el significado que una cultura le otorga al cuerpo femenino o masculino como la esfera social- que influye en la división del trabajo, la distribución de los recursos y la definición de jerarquías entre unas y otras (Faur, 2003, pp. 39-40).

ii) Que no esté condicionada a la heterosexualidad de los sujetos, toda vez que en el matrimonio o en las uniones jurídicas de hecho la sexualidad es un acto jurídicamente ainjerente (en el sentido de una conducta no-interferida o no interferente), con todo y que sea relacional, generalmente:

Más allá de las disputas de escuelas acerca de la naturaleza del derecho, puede afirmarse con certeza que lo que caracteriza a esa forma específica de control de la conducta humana es el tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras se entrecruzan con ella, la interfieren.

En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo compor-

tarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar. (Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994).

Como conducta ainjerente o no-interferida, la sexualidad forma parte de aquellos actos que pertenecen al fuero privado interno *de cada persona* y que, por tanto, están vedados a la regulación desvalorativa del derecho. En un Estado constitucional laico, esta adscripción de la sexualidad al 'Yo', trae como consecuencia el carácter neutral de la sexualidad para la regulación jurídica de las instituciones del matrimonio y la familia, pues alguna sexualidad de las tantas posibles ha de tener cada persona, con independencia de que tenga o no una unión matrimonial o marital de hecho.

iii) Que no esté vinculada a la procreación como finalidad de la unión marital, puesto que es propio de la especie humana, entendida como sociedad y no como rebaño, su capacidad de deliberar acerca de su reproducción, determinar el número de hijos, con mayor razón en la actualidad, siendo esta posibilidad viable para aquellos que naturalmente no pueden reproducirse, pero sí pueden acceder a la condición de padres a través de métodos artificiales de fecundación o de métodos jurídicos como la adopción.

Lo anterior no es otra cosa que la consecuencia de reconocer que la procreación, como finalidad primordial del matrimonio, es irrelevante para configurar jurídicamente este (o sus figuras análogas), así como que es admisible concebir la sexualidad de la pareja como un acto que no debe instrumentalizarse a los fines de la preservación de la especie humana, sino que admite otros fines diversos e incluso prioritarios a aquél como los hedonistas.

12. Esta reformulación conceptual de la relación entre las categorías "sexualidad-familia-matrimonio" y, más aún, de los paradigmas biologista y de la masculinidad-macho que tradicionalmente han construido esta relación (Platero, 2007), requiere la incorporación de unos nuevos criterios de comprensión de la categoría "naturaleza" y su relevancia en la construcción de los conceptos "sexualidad-familia-matrimonio":

La proliferación de leyes que en distintos países instituyen los matrimonios igualitarios, sin tomar en cuenta el sexo de los cónyuges, nos coloca entonces frente a una mutación cultural de largo alcance. Tres elementos de los muchos que están ahí en juego son: Primero: Una mutación en lo que el psicoanalista francés Jacques Lacan llamó

"orden simbólico": el ordenamiento que regula las relaciones entre los sexos y las generaciones, y genera las estructuras de parentesco que constituyen las formas de organización familiar, ha sufrido un cambio radical para dar lugar a una multiplicidad de órdenes simbólicos y de estructuraciones familiares. Segundo: La muerte de la familia patriarcal, en la que la autoridad del padre estaba fundada en última instancia en la de Dios, que a su vez le daba su fundamento a las formas de gobierno, a las instituciones sociales encargadas de administrar la vida terrena y espiritual de los hombres, a las formas de vivir los lazos amorosos y familiares. Tercero: El desvanecimiento del matrimonio como forma casi única, aprobada socialmente, de vivir las relaciones eróticas y amorosas. Cada vez son menos las parejas que buscan el matrimonio, sea civil o religioso, como destino y proyecto. Decir que se trata de una crisis de la institución matrimonial es avalar la idea de que es posible volver al estado anterior, pero aquí más bien se pretende apuntar a la pluralidad de formas de vivir e instituir los lazos amorosos (Meléndez, 2011, pp. 205-206).

A este respecto, el término "naturaleza" es usado con frecuencia en nuestras distintas explicaciones y justificaciones del mundo. En ocasiones, da cuenta de un depurado contenido semiológico, sea como sustantivo "*la naturaleza*", o bien como adjetivo "*lo natural*", mientras que, en otras, su significado es tan o más enigmático que los mismos problemas a los que queremos responder a través de él.

"Naturaleza" y "natural" son, de este modo, conceptos, instrumentos de análisis y/o de conocimiento de algunos hechos naturales y sociales. Como herramientas conceptuales funcionan, por lo menos, en los siguientes sentidos: en primer lugar, "la naturaleza" nos sirve para distinguir diversos aspectos de nosotros en tanto seres humanos. Así, tenemos no una sino varias "naturalezas" humanas: biológica, emocional, sexual, religiosa, espiritual, cultural, etc.

En segundo lugar, con el dispositivo "lo natural" damos a entender que la intervención o el dominio de algunas de nuestras acciones escapan a nuestras posibilidades de control, si bien no en su totalidad, por lo menos en una buena medida. "Lo natural", en este caso, es antagónico, e incluso superior, a "lo humano".

En tercer lugar, el instrumento conceptual "la naturaleza", representa un campo de nuestro conocimiento al lado del campo "social". A este respecto, existen problemas que pensamos y/o conocemos como "naturales" y otros como "sociales". La sistematización de cada uno de estos dos tipos de conocimiento da lugar al dualismo '*ciencias naturales*' – '*ciencias "sociales"*'.

13. En las discusiones acerca de la regulación y la valoración jurídica de las familias configuradas a partir de uniones maritales entre personas homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales, el concepto de "naturaleza", propio de las ciencias naturales (no el de las ciencias sociales, en donde también funciona),

ha desempeñado históricamente un papel preponderante en la consolidación del paradigma biologista. En efecto, en la historia del matrimonio heterosexual en Occidente, ha prevalecido la tesis de que este es algo “natural” y, en consecuencia, que el reconocimiento como institución matrimonial a las uniones maritales entre los sujetos homosexuales, implica una regulación “*contra natura*” que el derecho no puede acometer.

Esta tesis del carácter “natural” de la sexualidad, el matrimonio y la familia realizados por heterosexuales y, como contracara, del carácter “contranatural” de los realizados entre sujetos homosexuales, adolece de varias falacias. La principal falacia argumentativa de esta tesis se encuentra en la identidad que establece entre los conceptos “sexualidad” (reproductiva) y “matrimonio” como eventos naturales e indisolubles, identificación que proviene posiblemente de un monismo conceptual que unifica y absolutiza el sentido del concepto “naturaleza” en el significado de “condición biológica que permite la procreación”, marginado aquel espectro de la sexualidad humana (también biológico y natural), dirigido a la búsqueda de la satisfacción o el placer.

Como ocurre con todo monismo conceptual, el mayor inconveniente de esta reducción del significado del concepto “naturaleza” en la discusión sobre el tratamiento jurídico de las relaciones maritales no incluidas por el paradigma biologista, radica en la doble incapacidad discursiva que tiene, para, en primer lugar, denotar situaciones que siendo también “naturales” no son abarcadas por el marco significacional estándar del término “naturaleza”, entendido biológicamente; y, en segundo lugar, para abarcar aspectos del ser humano relacionados con su sexualidad que no son solo biológicos sino también, y principalmente, culturales y sociales.

Algunas de las categorías sociales que han sido valoradas como contravenciones de “la naturaleza”, es decir, “contranaturales”, son las figuras que corresponden a los denominados géneros y sexualidades diversos, como la homosexualidad, la bisexualidad, el transgenerismo, la transexualidad y la intersexualidad. En el proceso de organización de una sociedad esta recurre a lineamientos culturales a partir de los cuales los individuos enmarcan sus actuaciones, existiendo dos ámbitos de referencia, el “mundo natural (o mejor aún físico)” con sus leyes fijas, y el “mundo social” representado por las valoraciones y ficciones antropológicas, políticas, sociales y jurídicas que condicionan los marcos de acción de las personas y sus relaciones.

Estas valoraciones y ficciones funcionan como constructos culturales que fijan pautas de conducta social, que en algunos casos son presentadas como si se tratase de una cuestión de adecuación con “la naturaleza”. De esta forma, los individuos creen que ajustan sus actos a los cánones de “la naturaleza”, sin tener claro que las pautas que siguen son el resultado de una construcción sociocultural

mayoritaria, a partir de la cual ciertas conductas seguidas como patrones estándar son representadas socialmente como "instituciones naturales", cuya tendencia es ser históricamente estáticas.

Con esta práctica opera una falacia de biologización de la conducta cultural que sustrae del ámbito de la discusión y la dinámica social, situaciones ("naturales") que son eminentemente socioculturales, con todo y que tienen que ver con "la naturaleza", pero que también tienen, y que por demás es prevalente, un ámbito de regulación y significación sociocultural, como sucede precisamente con la sexualidad, la constitución de la familia y el matrimonio.

Esta biologización de la conducta social representa un poder de configuración biopolítica de los comportamientos humanos que busca el direccionamiento de estos hacia marcos de acción normativizados según criterios de mayorías y de "normalidad" social. Esta intervención biopolítica originada a partir de los paradigmas biologista y de la masculinidad-macho, conforme a los cuales el matrimonio heterosexual y procreativo se define como un hecho "natural", conlleva considerar una contravención a "la naturaleza" la idea de autorizar jurídicamente el matrimonio entre personas de géneros y sexualidades diversas al matrimonio tradicional entre personas de género y sexualidad heterosexual.

Conforme a una 'tesis institucional' de la relación "sexualidad-matrimonio-familia" esta biopolítica debe ser fisurada para admitir que la sexualidad, el matrimonio y la familia tienen relaciones en el marco de su consideración como construcciones socioculturales y, por lo tanto, son susceptibles de ser intervenidos o regulados por el derecho sin limitaciones del tipo de lo "contranatural". Un desarrollo de la 'tesis institucional' generador de una fisura biopolítica como la propuesta, surge de la sustitución del concepto de "paternalidad" por el de "parentalidad" como elemento nuclear para la configuración de una teoría social y jurídica de la familia contemporánea:

Es la eliminación de la relación sexual de los asuntos de parentesco lo que caracteriza a nuestra Modernidad, y es, lo que se denomina la parentalidad. La parentalidad "implica una simetría y una igualdad entre el padre y la madre en lo que concierne al orden familiar", pero que trastoca también la diferencia hombre-mujer. Al lugar de la diferencia sexual y de la ficción de relación que engendraría viene el mismizar, la equivalencia. Hay un borramiento del poder de la organización por a diferencia, como podía deducirse del parentesco (Sánchez, 2010, p. 80).

14. De otro lado, el discurso tradicional en torno a las relaciones de la tríada "sexualidad-matrimonio-familia", elaborado a partir de los paradigmas biologista

y de la sexualidad-macho, soslaya el carácter laico del Estado constitucional, en virtud del cual el derecho como institución estatal y social no debe regular las conductas sociales adoptando un enfoque confesional, pues no es un asunto del Estado y, en tal medida, del derecho, encauzar dichas instituciones, como por ejemplo, la familia, el matrimonio y la sexualidad hacia discursos normativos de alguno(s) de los tantos credos religiosos posibles (Miranda Salcedo, 2011), toda vez que, como libertad que es, la de cultos, está exclusivamente conminada al ejercicio de la autonomía personal y de la libertad de conciencia, de modo que su orientación desde algún credo en especial no debe dar lugar a un trato privilegiado sino a una valoración neutral por el derecho y el Estado.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta la inadecuación epistemológica, la ilegitimidad política y moral y la invalidez jurídica de los paradigmas biologista y cultural de la masculinidad-macho en el marco de un Estado constitucional de derecho, es necesario y pertinente un cambio en la regulación constitucional (artículo 42 Constitución Política) y en la interpretación doctrinaria y jurisprudencial de dicha regulación, respecto a las parejas conformadas por homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuados, que posibilite su inclusión equitativa e igualitaria como matrimonios y familias que merecen el mismo tratamiento y reconocimiento jurídico que las tradicionales.

Este giro regulativo y hermenéutico es un asunto de superación de prejuicios biologists que nada tienen que ver con instituciones socioculturales y con derechos y valores constitucionales como la dignidad humana, la igualdad ante el derecho, el libre desarrollo de la personalidad y el laicismo estatal, mandatos cuya conquista es irrenunciable para una sociedad civil que ha optado por el Estado de derecho constitucional como modelo jurídico-político de convivencia:

Hemos pasado en Occidente de la familia patriarcal, a la familia organizada por la alianza, a los sistemas de parentesco, a las regulaciones del matrimonio, hasta llegar a que la familia se organiza tan solo a partir de los goces (y los deseos) que se ponen en juego en una "pareja" o emparejamiento". Hemos pasado de la familia nuclear, conyugal, burguesa, a un proceso doble- como anticipó Lacan en 1938, en "Los complejos familiares"- . Por una de expansión a familias combinadas, ensambladas, inventadas, combinaciones de parejas de distintos géneros y "diversas" elecciones de goce sexual, hasta grupos identificatorios o "tribus" que puedan hoy funcionar como la parental o suplirlo, y, por otro lado, un proceso de contracción, de reducción, casi hasta la desaparición, como en el caso de las inseminaciones por medio de procesos artificiales, reguladas por el mercado y llevadas a cabo, con "células" primigenias anónimas que pueden derivar en monoparentalidades decididas (Russo, 2010, p. 209-210).

V. El concepto de matrimonio de la Constitución colombiana: el artículo 42 del texto constitucional ¿cláusula de única interpretación?

16. En el marco de una serie de sentencias, entre las cuales se encuentran la C-283 de 2001, C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, C-029 de 2009, C-577 de 2011 y T-276 de 2012 y SU-214 de 2016, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una doctrina que podría adscribirse a la que aquí se ha denominado ‘tesis institucionalista’, sólo que moderada, sobre las relaciones entre los conceptos “sexualidad-familia-matrimonio”, que ha permitido el reconocimiento paulatino de prerrogativas jurídicas igualitarias para las familias conformadas por parejas de homosexuales (López Medina, 2016).

Sobre esta cuestión de las relaciones entre los conceptos “sexualidad-familia-matrimonio”, la Sentencia C-577 de 2011 combina una concepción institucionalista de la “sexualidad” y de la “familia” con una biológica del “matrimonio” como forma de su constitución jurídica. En cuanto a la combinación de la tesis institucional de los conceptos de “sexualidad” y la “familia”, y dado que el problema jurídico resuelto en la sentencia tiene que ver con sujetos que prefieren una sexualidad homosexual, la Corte argumenta que en el derecho colombiano la homosexualidad no es un criterio jurídicamente aceptable para justificar la diferencia de trato o discriminación que respalde la negativa constitucional de reconocimiento de derechos igualitarios a los de los cónyuges, para las parejas formadas por homosexuales.

Para la Corte (Sentencia C-577 de 2011), la heterosexualidad no es el único elemento constitutivo del concepto de “familia”, dado que el aspecto relevante o determinante de dicho concepto son los lazos afectivos y fraternos generados entre los miembros de una pareja con vocación de convivencia y permanencia, con independencia de que la sexualidad de estos sea o no heterosexual: “La pareja, sea heterosexual u homosexual, tiene un proyecto de vida en común, una vocación de permanencia y comporta asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes”. (Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009).

Este aspecto identificador o determinante del concepto de “familia”, el de la vocación de convivencia permanente y solidaria de la pareja, da lugar a un sentido amplio o general de este concepto, a partir del cual tienen cabida familias conformadas por personas de orientación sexual diversa a la heterosexual e, incluso, las conformadas por más de dos miembros, siempre que a estos les unan lazos de afecto y de solidaridad mutuos, como es el caso, también, de las familias conformadas por parejas de homosexuales.

Según se dijo, esta concepción institucional de las relaciones entre “sexualidad” y “familia” estuvo articulada con una concepción biológica del “matrimonio”. En efecto, la Corte Constitucional, al interpretar el enunciado del artículo 42 de la Constitución, concibe el “matrimonio” como forma o vínculo *jurídico* de la familia, en

contraste con la unión marital de hecho (Lemos, 2007), como una forma o vínculo “*natural*” de esta, soslayando con ello que en Colombia las uniones maritales “de hecho” son una institución *jurídica* en a partir de la vigencia de la Ley 54 de 1990, razón por la cual la caracterización de estas uniones como un vínculo “*natural*” es teóricamente incorrecta, teniendo en cuenta que esta figura de la unión marital de hecho es una regulación del derecho positivo colombiano y no de derecho natural.

Para la Corte Constitucional colombiana, a partir de una interpretación (biologista) de la semántica del artículo 42 constitucional, el “matrimonio” es un vínculo *jurídico* propio o exclusivo de las parejas heterosexuales, dado que éstas tienen una protección especial expresa en el inciso primero del mencionado artículo, la cual se justifica “no sólo por razones ligadas a una larga tradición, sino ante todo, porque garantiza el cambio de las generaciones y la prolongación de la comunidad constitutiva del elemento humano del Estado en la medida en que la libre expresión del consentimiento otorgado por los contrayentes es indicativa de la juridicidad de una relación que, por lo general, va a ser escenario favorable para el cuidado y la socialización de los descendientes” (Sentencia C-577 de 2011).

Respecto de esta posibilidad interpretativa, la Corte dejó de lado el aspecto de la derrotabilidad del significado que se puede atribuir a las expresiones “hombre” y “mujer” del artículo 42 constitucional citado, cuya asignación en el fallo en mención provino de referentes biológicos de dichos términos, soslayando que desde referentes antropológicos, sociológicos o de los estudios culturales, en fin de cuentas interdisciplinarios como los de una perspectiva de género, es jurídicamente válida una asignación de significado alternativa, en virtud de la cual la caracterización de una persona como “hombre” puede serlo aun habiendo nacido con aparato reproductor femenino, o de una persona como “mujer” con todo y haber nacido con aparato reproductivo masculino.

Ahora bien, hay una cuestión relativa a otros sujetos diferentes a los homosexuales, las parejas conformadas por “transexuales”, que en la misma condición de diversidad sexual que sirve de justificación al reconocimiento igualitario de las que conforman los homosexuales, merecen una protección constitucional también igualitaria de sus derechos, los que, infortunadamente, la Corte excluyó de su análisis.

Con esta exclusión, la Corte trata como dos cuestiones jurídicas distintas el matrimonio entre homosexuales y entre transexuales. Dicho tratamiento diferencial se origina en la comprensión que tiene la Corte respecto del matrimonio homosexual como aquel que se da entre personas que tienen un mismo “género”, a diferencia del que se da entre transexuales, que son personas que “cambian” de género:

El cuerpo como espacio simbólico representa una suerte de fricción entre quienes consideran la masculinidad y la feminidad como un

ordenamiento cuyas características sociales responden a patrones biológicos y quienes restan importancia a su materialidad frente al cúmulo de significados que se entretienen acerca de las diferencias de género. Sin embargo, estar cerca de una lógica que reconoce la centralidad de la cultura y de la historia en la construcción de identidad de género, también nos permite observar que las prácticas sociales llegan a permear las definiciones, los usos y los significados corporales de las personas en función de su diferencia sexual mucho más allá de su distinción hormonal y reproductiva (Faur, 2003, pp. 45-46).

En este caso, para la Corte, más que un problema parece que se trata de un obstáculo jurídico, en tanto no parece admitir como posible el tratamiento como "familias" a las uniones de parejas de transexuales o por personas que han llevado a cabo un "cambio de género" a partir de la reasignación de sexo.

17. La resolución del problema anterior incide en el planteamiento de la viabilidad jurídica del matrimonio entre personas homosexuales, por las siguientes razones: en primer lugar, porque si se acepta la viabilidad del "cambio de género", la cláusula del artículo 42 constitucional que regula el "matrimonio" como fuente jurídica que da origen a la "familia", previéndolo como un acto celebrado entre un "hombre" y una "mujer", admitiría como tales los actos celebrados entre aquellos sujetos como los transexuales cuyo sexo ha sido reasignado y a los que el derecho les permite, a partir de esta decisión de reconfigurar su identidad, el cambio de género y, con ello, de su personalidad jurídica.

En segundo lugar, porque de aceptarse, como corresponde con un diálogo de saberes entre las teorías sociales y las biológicas contemporáneas, que el "género" es una cuestión primordialmente social, cultural y jurídica, y no tanto biológica ni natural, el reconocimiento del derecho de las uniones conformadas por parejas de homosexuales a solemnizar jurídicamente estas como "matrimonios", en condiciones de igualdad respecto de los celebrados entre las parejas de heterosexuales, tendría que conllevar, *a fortiori*, la admisión de una igual potestad para solemnizar las uniones de parejas de transexuales, *so pena* de quebrantar de forma grotesca el principio constitucional de igualdad y su proscripción de discriminación, precisamente, por razones de sexo.²

A partir del anterior argumento, esta distinción de la Corte Constitucional que diferencia las situaciones jurídicas de las parejas "homosexuales" respecto de las "transexuales", además de configurar una discriminación en contra de estas últimas, es reduccionista de las potencialidades jurídicas de la 'tesis institucional' respecto

2 Constitución Política de Colombia, artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (resaltados añadidos).

de las relaciones entre la tríada “sexualidad-matrimonio-familia”, la cual ha venido adoptando en su reciente jurisprudencia, y a partir de cuyo despliegue amplio sería más apropiado el uso de la categoría “parejas de personas de la comunidad LGTBI”, en la discusión sobre la formalización jurídica como “familias” configuradas a través del “matrimonio”, de las parejas conformadas por las personas de esta comunidad, que debería también ser entendida desde un enfoque institucional en lugar de uno biologista, dado que sólo son combinables, sin incurrir en razonamientos falaces (como la falacia naturalista), concepciones institucionales de dichos conceptos “sexualidad-familia-matrimonio”.

La combinación de dos concepciones institucionalistas de la “sexualidad” y la “familia”, con una biologista del “matrimonio”, es un caso de la falacia naturalista que pretende derivar del ser (la naturaleza biológica) el deber ser, entendido como la regulación jurídica de ciertas conductas, en este caso, la de permitir y proteger el “matrimonio” como un acto jurídico sólo si se realiza entre parejas integradas por un “hombre” y una “mujer” (biológicamente definidos), que tienen, además, una sexualidad heterosexual y primordialmente procreativa.

Argumentar que “la naturaleza” (en este caso biológica) “habla por sí misma”, al interpretar el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, privilegiando como inderrotable el significado atribuible a las expresiones “hombre” y “mujer” de dicho enunciado, implica incurrir en la falacia naturalista, en un saber como el jurídico, que no sólo es normativo sino también integrado a las ciencias humanas y culturales, que son una construcción sociopolítica y cultural cuyo objeto son las relaciones sociales, no “la naturaleza” biológica, falacia que, en cuanto argumento defectuoso o incorrectamente formulado, es inidónea para resolver jurídicamente este tipo de problemáticas.

18. Como un avance progresivo de la ‘tesis institucional’, ante la contradicción de afirmar que las parejas de homosexuales constituyen “familia” pero que no pueden celebrar el acto jurídico del “matrimonio” para formalizar su vínculo, toda vez que el artículo 42 constitucional lo regula expresamente solo para las parejas heterosexuales, la Corte Constitucional emite la sentencia SU- 214 de 2016. Con fundamento en los principios constitucionales de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, la Corte indica que una interpretación válida o acorde con estos principios conlleva que si bien el texto constitucional consagra en forma expresa el derecho al matrimonio para las parejas de heterosexuales, no establece la prohibición de casarse para otras parejas, si se pretende garantizar que estas ejerzan sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones, porque el contenido esencial de los valores, principios y derechos fundamentales en juego en este problema, sólo puede determinarse a partir de su interpretación sistemática (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016).

Para salvaguardar la igualdad y superar el déficit de esta, que pesa en contra de las parejas homosexuales, la Corte Constitucional colombiana ordena que la

formalización y solemnización del vínculo entre ellas se pueda realizar por la celebración de matrimonio civil ante los Notarios Públicos o Jueces Civiles Municipales, acto que debe ser inscrito en la Registraduría Nacional del Estado Civil, y reconoce los mismos efectos que el matrimonio entre parejas heterosexuales.

Bajo esta nueva perspectiva la Corte abandona parcialmente el monismo conceptual biologista de las relaciones entre los conceptos de "familia" y "matrimonio", para promover un pluralismo conceptual de estas relaciones, afianzado en la relevancia del respeto, la ayuda mutua y el afecto entre las personas que deciden conformar una "familia" a través del "matrimonio", con independencia de su "sexualidad" procreadora, comprensión que armoniza con la aspiración de un Estado constitucional que se construye para el servicio de los ciudadanos y se justifica en el laicismo estatal y social, el respeto a la pluralidad, a la diversidad cultural y a la garantía de la igualdad.

Esta perspectiva de reconocimiento igualitario es la que recomienda la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva 24/17 del 24 de noviembre de 2017), para todos los Estados integrantes del Sistema:

Para la Corte es claro que las personas LGBTI afrontan diversas manifestaciones de violencia y discriminación, aunque también existe un consenso entre varios países de la región según el cual se considera necesario tomar medidas para combatir este flagelo. Tan es así, que la mayoría de los Estados miembros de la OEA han aceptado voluntariamente, en el contexto del Examen Periódico Universal de Naciones Unidas, recomendaciones para hacer frente a la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (p. 27).

6. La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173 a 199" (p. 88).

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

VI. Conclusiones

A partir de las consideraciones expuestas consideramos que pueden ser formuladas las siguientes conclusiones generales:

1. A un modelo de Estado constitucional de derecho, laico y democrático, corresponde una ‘tesis institucional’ y no una biológica de los conceptos “sexualidad”, “familia” y “matrimonio”, y de sus relaciones. Con ello, el uso biopolítico de enfoques biológicos y confesionales en la configuración del derecho de familia, tanto legislativo como judicial, resulta contrario a dicho modelo de Estado e incompatible con una construcción pluralista de las ideologías y de las prácticas sociales coherente con este modelo.

2. Es necesaria una desconstrucción y reconstrucción de las categorías y los discursos jurídicos y sociales acerca de los conceptos de “sexualidad”, “familia” y “matrimonio”, en clave de una concepción institucionalista y no-biológica de ellos. Respecto a este, es muy importante proveerse de la fundamentación sociológica y antropológica de los discursos relativos a las nuevas masculinidades, como forma de encarar, con mejores elementos teóricos, las exigencias de construcción de nuevos sujetos y relaciones sociales cuya regulación jurídica pueda ser acometida sin prejuicios respecto de los sentidos y significados que pueden ser considerados válidos para las instituciones de la “sexualidad”, el “matrimonio” y la “familia” en una sociedad plural y democrática.

3. Es coherente con la ‘tesis institucional’ de la tríada “sexualidad-matrimonio-familia” la reivindicación en la dogmática y la jurisprudencia del derecho de familia, un concepto de “matrimonio” basado en los lazos de solidaridad y fraternidad de los integrantes de la pareja como criterio identitario relevante de esta institución, y no en el privilegio de la sexualidad heterosexual y reproductiva practicada por sus integrantes. Este concepto permite superar los niveles de discriminación que surgen, *prima facie*, desde la regulación normativa constitucional vigente en el artículo 42 de la Carta Política colombiana en contra de los derechos a la igualdad y a la libertad de los integrantes de parejas no heterosexuales y de familias homoparentales unidas por lazos familiares fraternales, niveles que deben ser argumentativamente derrotados en correspondencia con los marcos constitucionales trazados por un genuino Estado constitucional y democrático de derecho, que garantice y fomente el respeto de la diferencia, la diversidad, la igualdad y la dignidad de sus ciudadanos y grupos sociales.

Referencias

Adame, M. (2003). ¿Universalidad o historicidad de la familia capitalista? Del patriarcalismo a la familia pos-ciber-moderna: crisis y alternativas. En: Boletín de Antropología Americana, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Vol. 39, pp. 145-156.

- Butler, J. (1996). *Variaciones sobre sexo y género: Beauvoir, Wittig y Foucault*. En Iamas, Marta (comp.) *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Porrúa p. 36 y ss.
- Castelin-Meunier, C. (1999). *De la complejidad de los nuevos lugares parentales*, Trad. Gisella Daza. En: *Nómadas*, Universidad Central, Colombia, No. 11, pp.88-100.
- Calvo, K. (2010). *Reconocimiento, ciudadanía y políticas públicas hacia las uniones homosexuales en Europa* Reis, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, No. 129, España. pp. 37-59.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221 (1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-283 (2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 (2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-811 (2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 (2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-798 (2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 (2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 (2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-276 (2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214 (2016).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 24/17 del 24 de noviembre de 2017. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Córdova Plaza, R. (2011). *Sexualidades disidentes: entre cuerpos normatizados y cuerpos lábiles*. En: *Revista de Estudios de Género. La ventana*, México, Vol. IV, No. 33, pp. 42-72. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/laven/v4n33/v4n33a4.pdf>
- Díaz Benítez, M. E. (2012) *Estéticas macho: representaciones de la masculinidad en la pornografía comercial*. Disponible en <http://www.redmasculinidades.com/sites/default/files/archivos/biblioteca/00165.pdf>.
- Faur, E. (2003). ¿Escrito en el cuerpo? Género y derechos humanos en la adolescencia. En CHECA, Susana (Comp.). *Género, sexualidad y derechos reproductivos en la adolescencia*, Argentina, Paidós.
- Foucault, M. (1991). *Historia de la sexualidad, la voluntad del saber*. Vol. 1. España: siglo XXI editores.
- Gallego Montes, Gabriel/ VASCO A., José Fernando (2010). *El reconocimiento al derecho de unión entre personas del mismo sexo: el caso de Colombia, argentina, Uruguay y el distrito federal en México*, En: *Revista Latinoamericana Estudios de Familia*, México, Vol. 2, pp. 176-194.

- García Leal, A. (2005). *La conjura de los machos: una visión evolucionista de la sexualidad humana*, Colombia, Metatemas.
- García, G. D. (2004). *Cruzando los umbrales del secreto acercamiento a una sociología de la sexualidad*, Colombia, Universidad Pontificia Javeriana.
- Guasch, O. (2000). *La crisis de la heterosexualidad*, España, Laertes.
- Guasch, O. (2002). *Sociología de la sexualidad: una aproximación a la diversidad sexual*. España, Portic.
- Gómez Castrillón, L.A. (2012). *Derecho penal sexual: un caso de discurso moral religioso*, En: Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia, Vol. LXIX, N° 154, pp. 678-701.
- La Torre, M. (2006). *Teorías institucionalistas del derecho (Esbozo de una voz de enciclopedia)*, En: Derechos y libertades, No. 14, Época II, pp. 103-112
- Lemos, S. M. (2007). *La familia de Hecho ¿Hacia la igualdad familiar?* Colombia, Librería jurídica Sanchez.
- López De La Vieja, M. T. (2014). *Bioética feminista*, en: Dilemata, Año 6, No. 15, España, pp. 146-152.
- López Medina, D.E. (2016). *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual en Colombia*, Legis, Colombia.
- MacCormick, N. (2011). *Instituciones del derecho*, traducción de Fernando Atria y Samuel Tschorne, España, Marcial Pons.
- Meléndez Zermeño, F. (2011). *La diversidad de los cuerpos y las familias*. En: Revista de Estudios de Género. La ventana, México, Vol. IV, No. 33, pp. 197-209. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/laven/v4n33/v4n33a8.pdf>
- Millán Ortiz, G. (2011). *El derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo*. En: Debate Feminista, año 22, vol. 44, pp. 153-173. Disponible en: http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/044_08.pdf.
- Mir Puig, S. (2005). *Límites del normativismo en derecho penal*, En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 7, 2005, pp. 1-24. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>
- Miranda Salcedo, D. (2011). *La dinámica de la construcción legal y religiosa de la familia en Colombia 1850-1930*. En: Advocatus, Edición Especial N°16, Colombia, Universidad Libre Seccional Barranquilla, pp. 133-158,
- Morales Escudero, A. (2012). *Nuevas realidades: posibilidades de transformación en cuanto a la procreación como uno de los fines del matrimonio*, En: Temas Socio-jurídicos, Colombia, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Vol. 30, No. 63, pp. 114-122.
- Muñoz Sánchez, H. (2017). *Hacerse hombres: la construcción e las masculinidades desde las subjetividades*, Universidad de Antioquia-Fondo Editorial Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Colombia, 2017.

- Otis-Cour, L. (2000). *Historia de la pareja en la Edad Media*, traducción de Antón Dierich, España, Siglo XXI.
- Pereda Gámez, J. (2006). *El cambio de las estructuras familiares y la modernización del derecho de familia*. En NAVAS NAVARRO, S. *Matrimonio homosexual y adopción*, España, Reus, pp. 204-225.
- Platero, M. R. (2007). *Entre la invisibilidad y la igualdad formal: perspectivas feministas ante la representación del lesbianismo en el matrimonio homosexual*. En SIMONIS, A. *Cultura, homosexualidad y homofobia*, España, Laertes, pp. 102 ss.
- Rosa, C. (2011). *Hacia una nueva política sexual, las mujeres ante la reacción patriarcal*, España, Catarata.
- Roudinesco, E. (2003). *La familia en desorden*. Argentina, Fondo de Cultura Económica.
- Russo, P. (2010). ¿Qué hacer con la parentalidad? En: Torres, Mónica. *Et, al. (Comps.). Uniones del mismo sexo. Diferencia, invención y sexuación*, Argentina, Grama, pp. 209-210.
- Uribe Álvarez, R. (2012). Ética laica de los derechos sexuales y reproductivos en el Estado constitucional. En: *Criterio Jurídico*, Vol. 12, No. 2, 2012, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, pp. 103-120. Disponible en <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/622/817>.
- Vargas Trujillo, E. (2013). *Sexualidad ... mucho más que sexo: una guía para mantener una sexualidad saludable*, Colombia, Uniandes-Ceso.
- Viveros, V. M. (2002). *De quebradores y cumplidores: sobre hombres, masculinidades y relaciones de género en Colombia*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia.