

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Molina-Rodríguez, D.I. y Rodríguez-Sánchez, N. (2018). Los retos constitucionales en la protección del concepto de familia plural: qué decir frente a la homoparentalidad por reproducción asistida en Colombia. *Revista Jurídicas*, 15 (2), 131-150. DOI: 10.17151/jurid.2018.15.2.8.

Recibido el 1 de noviembre de 2016
Aprobado el 24 de enero de 2018

LOS RETOS CONSTITUCIONALES EN LA PROTECCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA PLURAL: QUÉ DECIR FRENTE A LA HOMOPARENTALIDAD POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN COLOMBIA*

DIANA ISABEL MOLINA-RODRÍGUEZ**
NATHALY RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ***

RESUMEN

El siguiente artículo de investigación pretende analizar las transformaciones del derecho privado en torno a la familia plural y frente a las tecnologías de reproducción asistida en Colombia. Desde un enfoque histórico-hermenéutico y a través de un estudio de caso, trata de resolver disyuntivas históricas entre homosexualidad y paternidad, así como la transformación del parentesco, la procreación, la crianza y la familia frente a las nuevas tecnologías genéticas y a los nuevos modelos de familia plural. Recorrido que se propone para evidenciar la transformación de realidades normativas acerca de la filiación y el registro de menores en nuestro país. El artículo concluye discutiendo sobre los retos socio jurídicos que se desprenden de una realidad como la homoparentalidad genética y la necesidad jurídica de mutar a un concepto de filiación que se ajuste a estas nuevas necesidades.

PALABRAS CLAVE: homoparentalidad, procreación asistida, registro civil, filiación.

* Este documento es producto de los resultados obtenidos en la investigación denominada: "Incorporación de medidas constitucionales para la convivencia escolar y el respeto por la diversidad de orientación sexual e identidad de género en los manuales de convivencia colombianos", con ID 1730 debidamente avalado por el Sistema de Investigaciones de la Universidad Cooperativa de Colombia.

** Magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Investigadora Asociada en el escalafón de Colciencias, miembro del grupo de Investigación LA MINGA, clasificación B de Colciencias; docente de la Universidad Cooperativa de Colombia y de la Universidad de Nariño. E-mail: molinita15@hotmail.com.edu.co. [Google Scholar](#). ORCID: 0000-0003-3557-9342.

*** Doctora en Historia por El Colegio de México, miembro del grupo de investigación en Teoría Política Contemporánea de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá) y Académica de Tiempo Completo de la Universidad Iberoamericana Puebla. E-mail: 711969@iberopuebla.mx. [Google Scholar](#). ORCID: 0000-0001-7408-5439.



THE CONSTITUTIONAL CHALLENGES IN THE PROTECTION OF THE PLURAL FAMILY CONCEPT: WHAT TO SAY AGAINST HOMOPARENTALITY BY ASSISTED REPRODUCTION IN COLOMBIA

ABSTRACT

The following research paper aims to analyze the transformations of private law around the plural family and against technologies of assisted reproduction in Colombia. It tries to resolve historical dilemmas between homosexuality and parenting, as well as the transformation of kinship, procreation, upbringing, and the family in the face of new genetic technologies and new models of plural family, from a historical-hermeneutical approach and through a case study, a route proposed to make evident the transformation of normative realities around affiliation and the registration of minors in our country. The article concludes reasoning on the socio-legal challenges arising from a reality like genetic homoparentality and the legal need to change to a concept of affiliation that fits these new needs.

KEY WORDS: homoparentality, assisted procreation, civil registration, affiliation.

INTRODUCCIÓN

El 30 de abril de 2014, los señores Luis David Villegas y Ricardo Plata, una pareja del mismo sexo solemnizada con vínculo contractual de unión marital de hecho, ciudadanos colombianos y residentes en Estados Unidos, acudieron a la Notaría Segunda del Circuito de Medellín, para efectuar el registro civil de sus hijos, quienes habían nacido a través de un proceso de asistencia científica en la ciudad de San Diego, Estados Unidos. La diligencia no iba a ser posible: en palabras textuales del Notario Primero de Itagüí, “no existía norma que permita [sic] hacer el registro civil de un niño, teniendo como padres personas del mismo sexo”¹. En igual sentido responderían las distintas instituciones responsables de la inscripción de menores en Colombia a las que acudieron los padres.

La Registraduría Nacional del Estado Civil, por ejemplo, consideró que no podría realizar dicho procedimiento, pues “analizando la legislación colombiana aún no se ha aprobado el matrimonio con parejas del mismo sexo, y tampoco se autoriza la adopción para las mismas”². En este caso, la entidad obviaba que no se trataba de una situación de homoparentalidad por adopción, sino que se estaba frente a una de las nuevas formas de filiación asistida, fruto de la tecnología genética. En efecto, los Villegas Plata eran los padres genéticos de los menores, gracias a un procedimiento médico de fertilización *in vitro*, por el cual los óvulos de una mujer donante fueron fertilizados con espermatozoides de los dos acudientes. Como resultado de dicho procedimiento médico se obtuvieron dos óvulos fecundados que luego fueron implantados en un vientre subrogado, lo que terminó en un embarazo gemelar y en el posterior nacimiento de los dos niños, sus hijos, en San Diego.

Dicho caso amerita que nos preguntemos cuáles son los vacíos jurídicos u obstáculos que persisten en la inscripción del registro civil de menores que hacen parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo y que, en principio, tendrían derecho a la nacionalidad colombiana, pero que nacieron en otro país y cuyos padres presentan ante las autoridades nacionales o consulares un documento extranjero equivalente al registro civil colombiano. ¿Puede hoy seguirse considerando a las parejas homosexuales como unas sin capacidad procreativa, excluirlos de sistemas legales de parentesco (filiación) y desconocer sus derechos a la constitución de una familia con hijos?

Las autoras de este artículo presentaron una intervención constitucional en este caso, tratando de responder a estas encrucijadas sociojurídicas y reflexionaron respecto de los retos constitucionales hacia la protección del concepto de familia plural, basadas en sus respectivos proyectos de investigación relacionados con derecho, género y diversidad sexual. Desde la Corte Constitucional fueron

¹ Facsímil de la respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil Folio 31; cuaderno principal.

² Facsímil de la respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil Folio 31; cuaderno principal.

subrayadas algunas posturas de la intervención como la “urgencia normativa frente a los nuevos contextos históricos de familia diversa y de paternidad que requieren reconocimiento y trato acertado [sic] de parte del Estado y que han recibido solo respuestas anacrónicas y desfasadas desde el seno de los cuerpos legislativos en el país”. Además se reconoció el “juicioso recuento histórico hecho sobre la “desarticulación entre paternidad y homosexualidad en Colombia”, así como el “análisis pormenorizado de las transformaciones científicas alrededor de los métodos de procreación humana en el mundo”, y coincidió en afirmar que “la filiación y el parentesco son instituciones sociales que se han venido reformulando a sí mismas en los últimos años y que terminan modificando de manera radical la tradicional estructura sobre la familia que antaño parecía tan unívoca” (Sentencia SU - 696 de 2015).

El presente texto, retomando los postulados de dicha intervención, discute sobre las transformaciones del derecho privado en torno a la familia plural y frente a las tecnologías de reproducción asistida en Colombia y analiza en lo particular: 1) Los alcances constitucionales en temas de reconocimiento a la pluralidad y de diversidad sexual; 2) los retos que bajo este contexto afronta la Corte Constitucional en materia de parentesco y filiación, así como 2.1) los orígenes históricos de la desarticulación entre paternidad y homosexualidad en Colombia 2.2) los nuevos contextos científicos sobre procreación humana y la crisis que estos nuevos contextos acarrearán sobre el modelo tradicional de parentesco en Colombia; y 2.3) los retos frente a una realidad como la homoparentalidad genética y la necesidad jurídica de mutar a un concepto de filiación que se ajuste a todos los escenarios anteriores.

Como bien sabemos, el reconocimiento de las narrativas humanas sobre lo múltiple, las cuales pudieran provocar salidas a la necesidad de los individuos por la particularidad en sus esferas privadas y domésticas, ha sido fundamentalmente alcanzado en campos de batalla constitucionales. Asimismo, las prácticas o artefactos institucionales que negaban o condenaban a “los diferentes” por opción y orientación sexual, desde una sujeción invisible y ejemplarizante a través del temor a padecer ajusticiamientos y marginación³, han venido desarticulándose de manera progresiva por el activismo constitucional colombiano⁴.

Es así que desde 1994 se empezó a debatir en dicha Corte la discriminación a la individualidad homosexual, en especial en lo concerniente al *ejercicio del*

³ Para la apremiante vinculación del Estado moderno al reconocimiento de la pluralidad y el abandono progresivo de su inicial proyecto universalista de exclusión y persecución a los otros, véase: Maquard, O. (Ed.). (2007). *Dificultades con la Filosofía de la Historia*. Valencia: Pre-Textos. Maquard, O. (2000). *Adiós a los principios*. Valencia: Institució Alfons El Magnànim. Maquard, O. (Ed.). (2007). *Felicidad en la infelicidad. Reflexiones filosóficas*. Madrid: Katz.

⁴ Al respecto puede revisarse el libro de autoría de: Azuero, A. y Albarracín, M. (Ed.). (2009). *Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia. Sentencias emblemáticas*. Bogotá: ILSA., que recoge las principales sentencias que la Corte Constitucional de Colombia ha proferido para la defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo. También puede revisarse: López, D. (Ed.). (2016). *Cómo se construyen los derechos, narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Universidad de los Andes.

*derecho fundamental a la libre opción sexual y avocando casos que involucraran la discriminación explícita por el hecho de ser homosexual*⁵; discriminación contenida en disposiciones legales, sistemas disciplinarios y algunos otros modos de exclusión entonces legítimos, que privaban a las personas de opción sexual diversa de oportunidades para ejercer su ciudadanía plena. Entre esta gama de debates y de alcances jurídicos se restablecieron derechos en instituciones educativas⁶, militares⁷, penitenciarias⁸, se eliminaron disposiciones legales que sancionaban disciplinariamente la homosexualidad como en el Reglamento del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares, normas en el ejercicio de la profesión docente⁹ y el reglamento sobre la carrera de Notariado y Registro¹⁰, y se desarrollaron conceptos sobre la orientación sexual como un criterio que generaba sospechas constitucionales por la injustificada diferenciación de la sociedad y las instituciones colombianas en su trato y como violatoria al principio de igualdad¹¹.

Asimismo, el activismo constitucional progresivo desató fuertes transformaciones en el sistema normativo colombiano que desconocía la realidad jurídica de la pareja homosexual y que se desentendía de los derechos y las obligaciones contraídos bajo el establecimiento legal de sus vínculos afectivos. Esto sucedió a partir de la emblemática Sentencia C-075 del 2007, que reconoció para las parejas homosexuales la posibilidad de sujetarse al régimen de unión marital de hecho contenido en la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 del 2005. En esta línea se construyeron caminos jurídicos para el reconocimiento de derechos en salud¹² y

⁵ Este es también un criterio expuesto por Alejandra Azuero en el libro *Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia*. Sentencias emblemáticas.

⁶ Sentencia T-101 de 1998. la Corporación tuteló el derecho a la no discriminación de dos alumnos que fueron expulsados de una institución educativa debido a su orientación sexual.

⁷ Sentencia T-097 de 1994, a través de la cual se tutelaron los derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre y a la educación de un estudiante de la Escuela de Carabineros de Villavicencio, expulsado por prácticas homosexuales.

⁸ La Sentencia T-499 de 2003, que ampara el derecho de unas reclusas a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad y conmina a que se les permitiese las visitas lésbicas que solicitaban.

⁹ La sentencia C-481 de 1998 la Corte declaró inexecutable la expresión “[e]l homosexualismo” del literal b) del artículo 46 (causales de mala conducta) del Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente (Presidencia de la República de Colombia, 1979).

¹⁰ En la sentencia C-373 del 2002 fue declarada la inconstitucionalidad de la consagración del motivo de homosexualidad como causal de inhabilidad para acceder a un cargo notarial.

¹¹ Al respecto puede revisarse el artículo: Londoño Jaramillo, M. (2012). Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Opinión Jurídica*, 11 (22), 45-64.

¹² La Sentencia T-618 del 2000 protegió los derechos al debido proceso y a la buena fe de los tutelantes y, consecuencialmente, dejó sin efecto la anulación de la afiliación al sistema de seguridad social en salud del compañero permanente que aparecía como beneficiario del afiliado al sistema ordenando la prestación de la atención médica correspondiente y el suministro de los medicamentos que el médico tratante le indicara al compañero del beneficiario, quien se encontraba enfermo de SIDA y desempleado. Sentencia C-075 del 2007 en materia del régimen de seguridad social en salud es concretado por la Sentencia C-811 del 2007 (la cual declara exequible condicionadamente el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que regula la cobertura familiar del sistema general de seguridad social en salud del régimen contributivo bajo el entendido de que la protección en él contenida se aplica también a las parejas del mismo sexo); Sentencia T-856 del 2007 ratificando la posición de la Corporación respecto del derecho de los cotizantes al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud.

seguridad social¹³, alimentos¹⁴, sucesión, aspectos patrimoniales¹⁵, reconocimiento al debido proceso, entre otros. Lo anterior bajo la consideración de la convivencia de las parejas del mismo sexo como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo, conforme sucede con las parejas heterosexuales.

Finalmente, y como uno de los alcances más destacados de los últimos tiempos en esta materia, la Corte adoptó el reconocimiento constitucional a la familia plural, lo cual otorga un estatus jurídico de igualdad para las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, pues, en términos de la Corte: “En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo” (Sentencia C-577 del 2011). El pronunciamiento anterior antecedió la línea constitucional que ha ratificado el carácter de familia que tienen las parejas del mismo sexo¹⁶ y que está acorde a las nuevas definiciones de familia en el derecho internacional¹⁷.

¹³ La Corte en la Sentencia C-336 de 2008 estudió la inexecutableidad del conjunto normativo parcialmente acusado, integrado por los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por limitar a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensiones de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Reconoció que hay un trato discriminatorio para las parejas homosexuales y amplió la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales; la Sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales, para lo cual deberán “acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable”; la Sentencia T-051 de 2010, reformuló, con efectos *inter comunis*, los requisitos fácticos exigibles para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en el caso de las parejas del mismo sexo, al establecer que no debe exigirse el reconocimiento notarial de la unión marital, por constituir un requisito adicional que, incluso, no se impone a las parejas de diferente sexo, lo que configura un tratamiento discriminatorio injustificado.

¹⁴ Mediante la Sentencia C-798 de 2008 la Corporación estudió la constitucionalidad de la norma que regula el delito de inasistencia alimentaria, y declaró inexecutable la expresión ‘únicamente’ contenida en el parágrafo 1º del artículo 1º de la ley 1181 de 2007²⁴ por medio de la cual se modificó el artículo 233 del Código Penal de Colombia, y exequible el resto de dicha disposición bajo el entendido de que las expresiones ‘compañero’ y ‘compañera permanente’ comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

¹⁵ A partir de la Sentencia C-075 del 2007 se regla sobre aspectos patrimoniales de la pareja conformada por personas del mismo sexo —y las subsiguientes Sentencias C-811 de 2007, C-336 de 2008 y C-798 de 2008— en las que se hace referencia a la orientación sexual en cuanto criterio sospechoso. En relación con los derechos patrimoniales que surgen en razón de la vida en común, la Corte retomó el tema en la Sentencia C-075 del 2007, declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido de que el régimen de protección de las uniones maritales de hecho allí consagrado a favor de los compañeros permanentes es aplicable a las parejas del mismo sexo.

¹⁶ La Sentencia T-716 de 2011 dictaminó: “Asumida esta problemática por la sentencia C-577/11, se llegó a la conclusión que las parejas del mismo sexo son una forma constitutiva de familia y, en consecuencia, adquieren la protección y reconocimiento que la Constitución y la ley confiere a esa institución...”. Y la sentencia C-238 de 2012 declaró: “Adicionalmente, la Corte enfatizó que esa familia conformada por personas del mismo sexo es, como las demás, “institución básica y núcleo fundamental de la sociedad”, por lo que “merece la protección de la sociedad misma y del Estado”.

¹⁷ La Sentencia T-716 de 2011 dictaminó: “Asumida esta problemática por la Sentencia C-577/11, se llegó a la conclusión que las parejas del mismo sexo son una forma constitutiva de familia y, en consecuencia, adquieren la protección y reconocimiento que la Constitución y la ley confiere a esa institución...”. Y la Sentencia C-238 de 2012 declaró: “Adicionalmente, la Corte enfatizó que esa familia conformada por personas del mismo sexo es, como las demás, “institución básica y núcleo fundamental de la sociedad”, por lo que “merece la protección de la sociedad misma y del Estado”.

Conforme hemos sido testigos los colombianos de finales de siglo XX y comienzos del XXI, los cambios estructurales que ha sufrido la concepción de familia en las sociedades que amanecieron a la posmodernidad, modifican el panorama en torno a las estructuras del afecto, la vida en común, la paternidad, la procreación y los roles sexuales, educativos y de crianza entre los seres humanos. Bajo estas transformaciones, la Corte Constitucional de manera acertada ha movilizó a las instituciones del Estado a rehacer incluso las definiciones básicas de sus estructuras normativas y argumentativas que, valga decirlo, hoy siguen teniendo un marcado e histórico carácter hacia la defensa y funcionamiento de la *heteronormatividad*¹⁸.

Para el caso en cuestión, la filiación y el parentesco son instituciones sociales que se han venido reformulando a sí mismas en los últimos años y que terminan modificando de manera radical la estructura tradicional de la familia que antaño parecía tan unívoca, como unívoca era la tendencia historicista de las instituciones y del derecho modernos. Hoy la Corte, frente a nuevos vacíos legales, se pregunta por los procedimientos reglamentados en leyes, decretos ley, resoluciones y protocolos administrativos para proceder al registro civil de menores que hacen parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo, que tienen derecho a la nacionalidad colombiana pero que, por haber nacido en otros países, portan un documento extranjero equivalente al registro civil colombiano.

I. Los orígenes históricos de la desarticulación entre paternidad y homosexualidad en Colombia

Al estudiar el vacío legal sobre el procedimiento aplicable y los nuevos retos de la ley frente a formas de reproducción asistida en los que nos concentraremos en los siguientes acápite, encontramos actuando de fondo un persistente obstáculo que impide la inscripción del registro civil de menores que hacen parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo. Este obstáculo es el estereotipo estigmatizante que desvincula al hombre homosexual del ejercicio de la paternidad y que se usa como salida ante la falta de normatividad.

Los silencios jurídicos sobre el procedimiento para el reconocimiento de la paternidad de una pareja del mismo sexo ya validada en el extranjero, y originada por un hecho biológico y no legal, prolongan la sospecha sobre la incapacidad de sujetos con orientación sexual no normativa para ser padres. Una sospecha que está basada en una representación cultural del homosexual construida en la primera mitad del siglo XX en Occidente y asimilada de una específica forma en la región hispanoamericana. Una construcción que, como tal, puede ser desmantelada sistemáticamente y erradicada con base en una revisión consciente

¹⁸ Este planteamiento está inscrito dentro de lo que llamaremos epistemología heteronormativa. Como tal, no trasciende una noción del parentesco fundado en la procreación y mantiene a pie firme la idea de que el individuo ingresa a la cultura y adquiere una identidad de género a partir de la complementariedad de los puestos que implica la heterosexualidad, en tanto división tajante entre lo femenino y lo masculino (Robaldo, (2011).

de su gestación histórica. Esto es, con base en la admisión, por parte de los decisores institucionales —en principio—, sobre el proceso de creación de un estereotipo negativo del homosexual en un periodo específico del país que tiene repercusiones institucionales y en la socialización cotidiana. Así pues, creemos fundamental considerar el carácter histórico —situado, construido y modificable— de la asociación de la homosexualidad con la imposibilidad de la paternidad, para develar su carácter de discriminación irracional a desmontarse en el marco de un Estado social de derecho. Dado el impacto institucional en el reconocimiento de derechos de personas con orientaciones sexuales diversas que se desprende de esta asociación nos ocuparemos de ella en este primer acápite.

En esta reconstrucción a grandes pasos de la percepción del homosexualismo en el país, debemos tener en cuenta que la sociedad colombiana tiene buena parte de su historia apegada al seguimiento del catolicismo como guía en la regulación del orden social. Antes de ser una república, los territorios de la hoy Colombia fueron parte de un virreinato americano de la corona hispánica. El rey hispánico era un príncipe cristiano, que tenía como misión la conducción de la sociedad hacia el bien común, entendiendo a este último en términos de salvación de las almas de los súbditos del imperio (Cardim, 2010). Por lo tanto, tenemos como centro del orden social a un rey cristiano que para impartir justicia y disciplina debía seguir las nociones del catolicismo, en tanto su legitimidad era indisociable del mantenimiento de la disciplina de su pueblo en la fe católica. En ese contexto, como obra de Alfonso X se expidieron en el siglo XIII las *Siete Partidas*. Esta codificación fue entendida por los juristas de su época como un monumento jurídico, pasando a la historia como el más importante código secular legal de la Europa medieval, tal como lo menciona J.R. Croddock como se citó en López-Estrada, 1992). Pero más allá de su contenido jurídico, las *Siete Partidas* expresaban el sentido cultural hispánico: la regulación de la vida en la tierra según leyes adaptadas a los principios del catolicismo para garantizar la salvación del alma. En ese compendio se condenó en la Partida Séptima, título XXI, los actos “sodomíticos” en tanto actos que ofendían gravemente a Dios. Así perduró durante casi cinco siglos en los reinos americanos de la corona hispánica esa lectura condenatoria y atemorizante de las relaciones sexuales entre hombres, sin que esto necesariamente significara una persecución total, o una ausencia de prácticas y redes de socialización homoeróticas en la vida cotidiana de estos reinos (Gruzinsky, 1986). En todo caso, tal señalamiento dejó cierta estela de duda y prohibición sobre lo homoerótico en Hispanoamérica.

Ahora bien, pese a la ruptura formal en 1810 con el sistema político colonial en los territorios del Virreinato de la Nueva Granada, las regulaciones coloniales siguieron en vigencia por casi tres décadas republicanas. Durante la primera década independentista no se emitió un Código Penal. Así pues, la ley autónoma máxima en funcionamiento en este periodo inicial fue la Constitución de 1821.

Por la ausencia de Código Penal, según el artículo 188 del título X de dicha constitución se declararon “en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso”. Por esta vía quedaron en vigencia las regulaciones sobre familia, moral pública y similares contenidas en las *Siete Partidas*, siguiendo también con vida la condena a los actos denominados como sodomíticos. En este sentido, Germán Colmenares ha dicho que en la primera república se mantuvo la intervención ideológica de la Iglesia, haciendo tránsito hacia una suerte de República Cristiana (Colmenares, 1990).

Esta situación de criminalización se modificó con la expedición del primer Código Penal en 1837. Este Código, que surgió en medio de la discusión alrededor del benthamismo en el país, no tipificó por más tiempo como delito a los actos sodomíticos. Una situación que también se mantuvo en el Código Penal de 1873, inspirado en las bases liberales de la Constitución de Rionegro de 1863. Por casi ochenta años de vida republicana no existió un pronunciamiento específico en materia de criminalización del homoerotismo en el país. Se alejaba así la institucionalidad republicana colombiana de la represión de un acto connotado como pecado más que como delito.

Sería hasta el Código Penal de 1890, en el contexto del régimen político confesionalista de La Regeneración, cuando por el artículo 419 se volvió a tipificar como delito este comportamiento propio del ámbito íntimo en los siguientes términos: “La persona que abusare de otra de su mismo sexo, y ésta, si lo consintiere, siendo púber, sufrirá de tres a seis años de reclusión”. Esta norma se mantuvo en vigencia hasta la expedición de un nuevo código penal en 1936. Los redactores de este último Código, inspirados en una visión pro-masculina y con cierta referencia al orden aconsejado por el catolicismo, instituyeron en el título XII, artículo 323 que:

El que ejecute sobre el cuerpo de una persona mayor de diez y seis años un acto erótico-sexual, diverso del acceso carnal, empleando cualquiera de los medios previstos en los artículos 317 y 320, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión. En la misma sanción incurrirán los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad. (Bustamante-Tejada, 2008, p. 119)

Llama la atención en nuestra reconstrucción que en medio de un régimen político liberal de talante reformista y anticlerical surgiera esta prohibición. Tendremos que señalar que este regreso al espacio jurídico institucional del señalamiento del homoerotismo masculino como delito, atendió a una preocupación sobre la peligrosidad de los homosexuales que emergió a partir del discurso médico aceptado en la región hispanoamericana en el primer cuarto del siglo XX y que se estabilizó en las décadas de los treinta y cuarenta. Podríamos decir que a la antigua concepción de la moral católica contra los llamados sodomitas, que había sido

hasta cierto punto contenida en el país en el siglo XIX, se sumó a inicios del siglo XX una nueva visión médica que alertaba sobre las supuestas alteraciones orgánicas de estos individuos. Alteraciones que, según estipulaban, les podría convertir en seres socialmente peligrosos, sobre todo por inclinarlos a la «corrupción de otros».

Debemos aclarar que la discusión médica sobre el origen de los comportamientos homoeróticos no inició en los prolegómenos del siglo XX, pero sí tuvo mayor impacto en Hispanoamérica en ese momento. Ciertamente en el contexto europeo, en especial en las escuelas francesas y alemana, se mantuvieron debates sobre esta materia con cierta asiduidad desde el último cuarto del siglo XIX. Los estudiosos de la materia se dividieron entre aquellos que respaldaban explicaciones psicogenéticas del homoerotismo y quienes concebían una condición orgánica como base para la “inversión del deseo” (Freud, 1993; Havelock Ellis, 1942; Krafft-Ebing, 1894). En el caso hispanoamericano tuvo mayor acogida la explicación orgánica.

Desde la última década del siglo XIX tomó fuerza entre biólogos y fisiólogos la exploración del papel de las glándulas de secreción interna y de las hormonas en la configuración y funcionamiento del cuerpo de los animales y del ser humano (Gley, 1925). Los nuevos estudios hicieron hincapié en el papel morfogénico de las funciones endocrinas —es decir, en cómo estas sustancias le daban forma al cuerpo—. Las hipótesis endocrinológicas se hicieron rápidamente más complejas. Los estudiosos de esta materia, imbuidos en los principios fisiológicos, subrayaron ya en las primeras décadas del siglo XX que el efecto de las hormonas debía pensarse en relación con la noción del organismo como un sistema completo. Cualquier error alteraba todo el sistema.

Teniendo la imagen de una alteración corporal completa como producto de un cambio hormonal, y sin tener aún una explicación sobre el momento biológico de determinación del sexo de un individuo, empezó a filtrarse la idea sobre las diferentes irrigaciones hormonales —menor cantidad de la debida o prevalencia de las hormonas femeninas— que posiblemente tenían los hombres de gustos homoeróticos con cuerpos externamente bien diferenciados (Davidow, 2000; Ruiz-Funes, 1927). En este estado de cosas, sería la obra del médico español Gregorio Marañón la que se convirtió en el referente de los médicos hispanoamericanos sobre las causas de la llamada *inversión sexual*. Sus textos, en especial su *Doctrina de las secreciones internas*, fueron citados ampliamente por los que trataron temas de endocrinología en general y cuestiones del homoerotismo en particular en esta época en la región. Su influencia sería decisiva en la construcción del estereotipo negativo sobre el homoerotismo.

Para Marañón, el llamado por él como «invertido», surgiría a causa de una intersexualidad latente —un error en la diferenciación sexual embrionaria— o por una disfunción hormonal que haría a ciertos sujetos incapaces de afrontar la

crisis endocrina de la adolescencia —en la que se definirían los comportamientos sexuales y la apariencia corporal del adulto— (Marañón, 1930/1931). En un texto publicado por primera vez en 1926, dio además ciertos rasgos supuestamente propios de la personalidad hurraña de los invertidos que se debían a esta condición orgánica de partida. Les caracterizó como narcisistas recurrentes, tímidos, invadidos por la frivolidad de los expertos de café o aprendices de psicoanalista (Marañón, 1973). Así pues, la endocrinología de Marañón, ampliamente difundida en Hispanoamérica, entregaba una imagen de las personas con deseos homoeróticos como biológicamente fallidos y socialmente perniciosos. Marañón apuntalaba sus conceptos reclamándose como parte de una escuela científica moderna que basaba sus pronunciamientos en la observación y en la experimentación. Pero no podemos olvidar que el discurso médico no es un discurso neutral, la observación se encuentra mediada por la matriz cultural de quien observa (Fleck, 1986); y en este caso Marañón hablaba desde una cultura que entronizaba la superioridad de lo masculino sobre lo femenino y la centralidad de la monogamia reproductiva. Desde esa perspectiva propuso como una tarea cotidiana para procurar la evolución humana, la de hacer muy varones a los hombres y muy mujeres a las hembras, evitándose así los supuestos distintivos comportamientos de los invertidos, que rayaban en lo antisocial. Sin más aconsejó: “matad el fantasma del otro sexo que cada cual lleva dentro” (Marañón, 1973, p. 182).

Las hipótesis endocrinológicas de las tres primeras décadas del siglo XX eran ya hechos científicos incuestionables en los años treinta. La identificación del homosexual como un individuo biológicamente inferior, y como resultado de ello con actitudes antisociales, lo hizo blanco fácil de identificación como sujeto peligroso bajo los conceptos del derecho positivo —cuyos preceptos tuvieron buena acogida en la región durante la primera mitad del siglo XX—. La peligrosidad del homosexual fue sostenida en relación con su capacidad de persuadir a individuos más débiles para acceder a las prácticas homoeróticas a las que le llamaba su constitución (Ruiz-Funes, 1927; Solano, 1935). Se prendió entonces la alerta sobre el homosexual como posible corruptor de menores. Se cargó así a estos sujetos con un estigma (Goffman, 1989): un estereotipo cultural negativo construido al calor de los acercamientos médicos que hablaron de una condición fisiológica —casi ingobernable— de los sujetos del deseo homoerótico, que los llevaría a transgredir cualquier barrera para cumplir con sus deseos sexuales —entre ellas las barreras del incesto, de la transgresión sexual hacia menores de edad y la propensión hacia las parafilias—. Esta concepción se mantuvo como insinuación de fondo en la larga vida de la criminalización de la homosexualidad instaurada en el Código de 1936 en Colombia. Si bien la misma se erradicó en 1980, no cabe duda de que su estela de discriminación impactó en la cultura jurídica del país, a tal grado que aún hoy se sienten sus repercusiones en la socialización cotidiana y en el tratamiento institucional hacia estas personas.

Es necesario volver los ojos sobre esa historia, particular y minuciosa, para saber sobre qué base se encuentra asentado el juicio de valor negativo sobre la capacidad de las personas con orientación sexual diversa de desarrollarse como buenos padres —un estereotipo vigente como lo demuestra la duda y el asombro de los funcionarios ante el caso de los señores Plata y Villegas—, y algunas de las posiciones sostenidas en el reciente debate sobre la adopción por parejas del mismo sexo en el país. Una clara comprensión de esta historia muestra las decisiones culturales tomadas para interpretar el homoerotismo en Colombia, y señala también la necesidad de contar con nuevos pronunciamientos y decisiones culturales que desmonten estas anquilosadas interpretaciones asentadas en nuestra cultura jurídica. Un paso decisivo en ello son los pronunciamientos explícitos oficiales al respecto, decisiones que al ser formuladas con precisión en el lenguaje inclusivo no den cabida a la ambigüedad desde la que puede emerger con toda su fuerza el estereotipo estigmatizante que antes reseñábamos.

Finalmente debemos tener presente que este tipo de discursos, conscientemente develados, están siendo progresivamente dismantelados como pauta de organización social en Occidente —de hecho, han sido corregidos y descartados desde el último cuarto del siglo XX por actores emisores de nuevos discursos médicos¹⁹—. Nuevos pasos, como los que plantea este caso en revisión por la Corte Constitucional, deben darse para la desconstrucción de ese muro discriminatorio, anacrónico a las garantías propiciadas por el Estado social de derecho.

2. Los nuevos contextos científicos sobre la procreación humana

Un evidente vacío jurídico en la inscripción del registro civil de menores que hacen parte de familias conformadas por parejas del mismo sexo y que tendrían derecho a la nacionalidad colombiana radica en la ausencia de legislación en temas de reproducción humana asistida. En efecto, aunque la infertilidad se ha constituido en uno de los más emblemáticos problemas sociales y médicos que se pueden documentar desde civilizaciones como la egipcia, sumeria, hebrea, griega y árabe, así como en las sociedades europeas medievales y renacentistas hace quizá poco más de cincuenta años (Mendiola, Ten, Vivero, Roca y Bernabéu, 2005), la ciencia decidió embarcarse en una carrera hacia la experimentación con información genética en seres vivos y luego en humanos. Todas estas apuestas fundadas en el sueño de la inmortalidad y de la trascendencia del hombre que combate cada día

¹⁹ La homosexualidad salió de la categoría de trastornos mentales del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, editada por la Asociación Psiquiátrica Americana en 1973 — se le había incluido en el capítulo de desviaciones sociopáticas en la edición de 1952. De acuerdo con Polo Usaola, C. El factor más importante de su salida fue la consideración de las perversas consecuencias que ocasionaba sobre las personas el recibir el diagnóstico de homosexualidad como un trastorno mental (Polo Usaola y Olivares Zarco, (2011).

de su vida contra la desaparición y contra el tiempo, terminaron implementando y popularizando las nuevas formas de reproducción humana asistida²⁰.

En Colombia, para mediados de siglo XX, las discusiones en torno a esta serie de experimentaciones especialmente en lo que refiere a las nuevas formas de fecundación y procreación humanas se inclinaron más bien al desconcierto y al rechazo moral y a la clasificación de *anti natura*. Así las cosas, los cuerpos legislativos y los doctrinantes de la época negaron en primera instancia y de forma tajante cualquier posibilidad de filiación sobre estos menores que ya no arriban al mundo como producto del “natural acto sexual” (Suárez, 1956). El contexto que sobre la inseminación gravita para 1950 en Colombia, es el de una circunstancia irreal y del orden de lo inverosímil:

Para el porvenir, cuando la inseminación se haya perfeccionado, llegaremos a extremos verdaderamente increíbles: hijos concebidos por el padre muerto; actos generadores de la vida con intervención de varios padres y varias mujeres, que realizan las funciones que corresponden solamente a la madre; en fin, se llegará a un futuro no remoto de la concepción de los hijos en laboratorio. [...] Verdadera zootecnia humana mediante la cual aún el óvulo de la mujer podría ser fecundado e incubado artificialmente como el huevo de la gallina y se llegaría a obtener algún día, como una realidad, la creación del “Homunculus” en la probeta de una especie de mago científico del año 2000. (Suárez, 1956, p. 138)

Para la sociedad colombiana de la época, la inicial fascinación por esta suerte de nuevos hallazgos médicos quizá solo tuvo eco entre comunidades científicas interesadas más en el descubrimiento que en la idea de practicarlo o llevarlo a cabo en pacientes reales. Además, se trataba de avances que seguían guardando un carácter especulativo sobre las secuelas posteriores que podrían presentarse a falta de estudios longitudinales y con mediciones temporales de larga duración. Por tal razón, mientras un sector de la comunidad científica europea y norteamericana miraba con entusiasmo el triunfo científico de la humanidad contra la infertilidad, otros ya se apresuraban a predecir secuelas biológicas, emocionales y culturales entre los niños fruto de estas nuevas formas de procreación. En este sentido comentaba Suárez, hacia mediados del siglo:

²⁰ Los historicistas de la genética y la ginecología consideran a Marion Sims, J. (1866). *Clinical notes on uterine surgery with special reference to the management of the sterile condition*. New York: William Wood & Co. Ellos documentan que durante este periodo también se llevaron a cabo inseminaciones artificiales con éxito como: Marion Sims, J. (1868). *The microscope as an aid in the diagnosis and treatment of sterility*. New York: Medical Journal; en el que defiende el papel fundamental que juega el examen bajo el microscopio de la calidad espermática para entender la infertilidad. En el año 1884 en Filadelfia (Estados Unidos) se produjo el primer caso confirmado de inseminación artificial de donante (IAD), llevada a cabo por William Pancoast en el Jefferson Medical College y 1929 es el primer año en el cual se realizan recuentos espermáticos. El 25 de julio de 1978 se consigue un hito histórico: nace la primera niña en el mundo tras fecundación *in vitro* y reimplantación embrionaria y a partir de esta época ya empiezan a desencadenarse una sucesión frenética de avances en medicina reproductiva que será imparable y prolífica (Mendiola *et al.*, 2005)

En la inseminación los elementos reproductores no aportan ningún estado emocional favorable a la buena dotación intelectual del niño [...] el niño podrá heredar una cierta vitalidad tiroidea que actuará, ante todo sobre su estado somático, en tanto que su intersticio será débil; esto lo predispondrá fácilmente a las alteraciones del carácter y a las neurosis y otras enfermedades mentales. (Suárez, 1956, p. 144)

Pese a los poco alentadores presagios, la ciencia y la tecnología genética con sus nuevas técnicas de reproducción humana asistida²¹, entre las que se encuentran “la Inseminación inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la transferencia intratubárica de gametos” (Junquera de Stefani, 2013, p. 56), nos ha puesto en las últimas décadas frente a un nuevo y retador panorama. Una realidad respaldada en nuestro país por el Decreto 1546 de 1998 —expedido por la Presidencia de la República y modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, reglamentario de las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988—, que regula lo relativo a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte y destino de componentes anatómicos, así como su trasplante e implante en seres humanos²².

Sin embargo y pese a este contexto, la legislación colombiana ha guardado silencio sobre lo que podría entenderse hoy como filiación asistida (Abello, 2007) Es esta una de las razones contextuales y normativas por las cuales la pareja Villegas y Plata no encontró respuesta entre ninguno de los órganos competentes para efectuar el Registro Civil de sus hijos²³.

²¹ Sobre definiciones y tipos de reproducción médicamente asistida puede verse los artículos: Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, (24), 76-91.; Luna, F. (2013). Infertilidad en Latinoamérica: en busca de un nuevo modelo. *Revista de Bioética y Derecho Universidad de Barcelona*, (28), 34-50.

²² También se encuentra el artículo 54 de la Ley 23 de 1981 que rige la conducta profesional del médico y lo obliga a observar las disposiciones legales vigentes en el país, así como las recomendaciones de la asociación médica mundial con respecto a determinados temas médicos, tales como la inseminación artificial. La resolución 8430 del 4 de octubre de 1993 del Ministerio de Salud (hoy Protección Social) establece las normas que en materia de investigación regulan la utilización de embriones, óvulos y fetos y el tema de la fertilización artificial; en su artículo 44 la resolución señala: “la investigación sobre fertilización artificial solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja”. También estipula que para la realización de la fertilización artificial se necesita el consentimiento informado de la mujer y el de su cónyuge o compañero. Tal consentimiento no se requiere cuando el cónyuge o compañero, o no pueda darlo, o no se haga cargo de la mujer, o peligran la salud o la vida de la mujer, del embrión, del feto, o del recién nacido. La norma establece que debe tratarse de un consentimiento informado y lo define. La Resolución 1628 de 28 de abril de 1994 de la Secretaría de Salud de Bogotá fija las condiciones mínimas para el funcionamiento de los Bancos de Gametos, Embriones y Unidades de Fertilidad en el Distrito Capital. Establece que el donante para la inseminación puede ser la misma pareja o un tercero y señala cuáles donantes deben descartarse y los requisitos de la donación. El Decreto 2493 de 2004 regula el trasplante y donación de componentes anatómicos. La Ley 919 de 2004 prohíbe la de comercialización de componentes anatómicos (Abello, 2007).

²³ “Han transcurrido más de 20 años desde cuando la Constitución Política de Colombia de 1991 consagró en el inciso 6 del artículo 42 la igualdad de los derechos y deberes de los hijos procreados con asistencia científica, pero el Congreso no ha legislado sobre el asunto y ha dejado que los conflictos que se han suscitado sean resueltos por nuestros jueces, quienes invariablemente han hecho manifiesta su inconformidad por la falta de legislación específica sobre el tema de reproducción asistida, así como por la falta de adecuación del ordenamiento jurídico, frente a las novedades que presentan las consecuencias de estas técnicas” (Bernal Crespo, 2013, p. 137).

Las discusiones bioéticas que apremian la incursión legislativa de nuestro país en torno a estos temas son vastas y desprenden infinidad de dilemas²⁴ sobre los momentos de la manipulación experimental, los procesos legales de reconocimiento y establecimiento del vínculo parental, y las posteriores consecuencias en torno a la investigación e impugnación de la paternidad, entre otras²⁵. Mientras tanto, y tratándose del proceso de filiación, la aparición del emblemático caso Villegas-Plata pone sobre la mesa una realidad que terminó evidenciando la ausencia protocolaria y administrativa sobre el Registro Civil de nacimiento de unos menores, cuyos padres genéticos no son necesariamente sus padres biológicos y cuya documentación no puede ser un certificado de nacido vivo, como en el trámite seguido en el registro de otros niños.

Es por eso que frente a la deconstrucción del parentesco por procreación heterosexual que vive nuestra cultura, la reglamentación sobre filiación debe encarnarse a las nuevas, pero no por eso anormales, formas de parentesco (Uziel, 2007). Esto último para proceder a un reconocimiento legal de la paternidad generadora de derechos y obligaciones entre los padres y los hijos que reconozca los elementos necesarios para la formalización de los vínculos afectivos y de paternidad los cuales hoy ya no provienen exclusivamente del parto o de la adopción.

3. Los retos frente a la homoparentalidad genética frente al concepto de filiación

La filiación en Colombia es el reconocimiento legal a la paternidad con los consecuentes fenómenos jurídicos que ello desata: patria potestad, alimentos, conminación legal y constitucional a la protección de los derechos fundamentales de los niños sobre los padres y el amparo igualmente legal y constitucional a la familia, entre otros; y está consagrada en la Ley 75 de 1968 (Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar). La Corte Constitucional la ha definido como “la relación que se genera entre procreante y procreado, entre adoptante y adoptado” (Sentencia T-488, 1999). De dicha conceptualización se desprende que la normatividad colombiana ha concebido a la filiación como un asunto exclusivamente heterosexual, pues la primera posibilidad que la origina es la fecundación heterosexual y la segunda es un trámite cuyo acceso ha sido negado en escenarios legales y jurisprudenciales para las parejas del mismo sexo en Colombia —aun al momento de presentarse esta intervención.

²⁴ Al respecto puede leerse a Ángeles Sánchez Bringas (2009). Hasta que lo alcancemos... Producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas. *Alteridades*, 19, (38), 21-40.

²⁵ Sobre los dilemas ético—jurídicos puede verse: Trevizo, A.V. (2014). Dilemas bioéticos en torno a la fertilización in vitro (FIV) y la mujer gestante: hacia la figura de un consejero reproductivo. *Acta Bioethica*, 20 (2), 181-187; Mendoza C. H. (2015). El inicio de la vida: discurso bioético-jurídico en la Legislación Mexicana. *Revista de Bioética y Derecho*, (33), 28-43.

Así las cosas, hoy la paternidad no corresponde con la filiación, es decir, las diversas formas de crianza, de educación y de procreación. Los nuevos roles y los recientes y masivos modelos de familias son una realidad no reglamentada y desentendida por el Estado y por sus sistemas normativos, esto en lo que concierne no solo a la homoparentalidad, sino también a las formas de filiación asistida que son fruto de la ya no tan reciente tecnología genética²⁶. Esto muy a pesar de que en la Constitución de 1991 ya se haya concebido a los hijos fruto de la asistencia científica, “los cuales tienen iguales derechos y deberes” frente a los demás (art. 42 numeral 6 de la Constitución Política de Colombia de 1991).

Hoy, en temas de maternidad subrogada, para establecer legalmente el parentesco, se debe acudir a instancias judiciales y solicitar impugnación o investigación de la maternidad a través de pruebas genéticas, o a la adopción para la madre de crianza posterior al parto, sujetándose a lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006²⁷, o a la presentación en la notaría de la madre “genética” y no la biológica, manifestando falsamente con testigos que ha tenido a su hijo en casa con asistencia de partera. Esto último para cumplir con el formalismo que establece el Decreto 1260 de 1970.

Por tal razón, el caso Villegas-Plata es emblemático en un doble sentido: su condición de paternidad no procede de la fecundación heterosexual sino de tecnologías de reproducción asistida y sus hijos fueron concebidos en el seno de una familia de carácter homoparental legalmente constituida a través de unión marital de hecho, lo cual los configura de manera automática como sus padres legítimos, conforme el Art. 213 del Código Civil que afirma: “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”.

En atención a los derechos fundamentales de los niños invocados por los peticionarios y reconocidos por el juez de tutela a la familia, a la dignidad humana, (art 1 C. P.) igualdad y no discriminación (art. 13 C. P.), reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14 C. P.); además de los derechos fundamentales de los niños a la vida, integridad física, salud, seguridad social, a tener un nombre y una nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y al amor, la educación y la cultura (art. 44 C. P.), y a no ser expulsados del territorio del cual son nacionales (art. 22 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y en relación con los señores Luis David Villegas Mesa y Ricardo Plata Aguilar a la dignidad humana

²⁶ En Colombia, en los últimos años han aparecido varios centros en los que se implementan técnicas de reproducción asistida. En Cali se encuentra Fecundar; en Bogotá están, entre otros, Cecolfes, Reprotec, la Clínica de Marly, la Clínica de la Mujer; y en Medellín y el Eje Cafetero opera Inser, entre otros en el resto del país (López de Armas, K.M. y Amado Amado, 2014).

²⁷ Como lo recomiendan, por ejemplo, el Centro de Fertilidad de Medellín, para evitar la ilegalidad, inicia un proceso de adopción para la madre de crianza, teniendo en cuenta que el padre que donó el semen figura como biológico (29 de abril de 2011) (López de Armas, K.M. y Amado Amado, 2014).

(art. 1 C. P.), a la igualdad y no discriminación (art. 13 C. P.), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C. P.), a decidir libre y razonablemente el número de hijos (art. 42 C. P.), y a fundar una familia (art. 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos), se conminó a la Registraduría para que efectúe el registro civil de los menores y así se garantice los derechos que venía vulnerando por los funcionarios públicos y privados. Pero todo esto dejó una clara sensación de que los protocolos administrativos para el Registro Civil de nacimiento de menores, en las condiciones descritas, no están listos para cumplir con su tarea.

Para empezar, el estatuto del Registro del Estado Civil de las personas (Decreto 1260 de 1970, Presidencia de la República), en su artículo 53, indica que los apellidos del menor por naturaleza deben ser de origen heterosexual o materno en todo caso. Asimismo, la Ley 75 de 1968, "Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar", desde su artículo primero establece que el funcionario del: "Estado civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre". En lo sucesivo, todas las demás disposiciones sobre el tema²⁸ mantienen esa perspectiva heteronormativa, desconociendo así a la familia plural y obviando la existencia de hijos biológicos de padres homosexuales.

Es por esta razón que el estudio del presente caso llamó la atención de la Honorable Corte Constitucional, para observar el tratamiento diferencial que se les da en el proceso de registro civil a los menores que no pueden portar, por sus condiciones de procreación y de paternidad, un certificado de nacido vivo como lo requiere el procedimiento legal o que, cumpliendo con lo concerniente al registro de nacimiento extranjero, no se procede a registrarlos cuando se percatan los funcionarios que se trata de una familia biológica y homoparental. Ante ese resultado discriminatorio, resulta muy importante promover desde la alta corporación nuevos discursos

²⁸ la Ley 1006 de 2006, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad; la Ley 57 de 1887 que entre otras, aceptaba como prueba principal las actas parroquiales de bautizos, matrimonios, defunciones y nacimientos ocurridos en el seno de la Iglesia Católica; el Código Civil y sus definiciones sobre las formas de parentesco y legitimación de los hijos (artículos 51-52); la Ley 92 de 1938, el Decreto Ley 1260 de 1970 el cual define el Registro Civil como la situación jurídica del individuo frente a la familia y a la sociedad, determinando su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer determinadas obligaciones; la Carta Circular de la Registraduría Nacional del Estado Civil 002 de 1998 que habla de los certificados únicos de nacidos vivos los cuales serán en adelante los documentos antecedentes para la inscripción en el registro civil; la Carta Circular 005 de 1998 de Registraduría Nacional del Estado Civil en la que se solicita a los Registradores que llevan la función de dar cumplimiento estricto a la norma y recibir los certificados de nacido vivo y de defunción debidamente diligenciados por el profesional de la salud, para efecto de aportar los datos estadísticos pertinentes; la Carta Circular 024 de 1999 de la Registraduría Nacional del Estado Civil que trata sobre la ampliación y complementación de los aspectos a tener en cuenta con respecto al certificado de nacido vivo y de defunción como documento antecedente a registro civil; el Decreto 2188 de 2001 del Ministerio de Justicia y del Derecho que da indicaciones sobre la inscripción extemporánea del nacimiento y sobre la duda razonable; la Resolución 802 de 2002 que establece la prestación del servicio público de inscripción en el Registro civil de Nacimientos, en los centros hospitalarios que será prestado por las Registradurías del Estado Civil conforme a lo que al respecto coordina los comités Departamentales y Municipales para el mejoramiento del Registro Civil y Estadísticas Vitales; la Ley 1098 de 2006 del Congreso de Colombia que expresa claramente el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a tener una identidad y deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil, entre otras.

que induzcan a la expansión del respeto a la diversidad sexual en estas prácticas institucionales. Como resultado de ello, no obstante, las diferencias presentes en los tipos de familias que acuden al registro de sus hijos, el funcionario encargado puede reconocer que los hijos del tipo de familias que aquí hemos analizado guardan todo el derecho a registrar sus nombres y con ello su nacionalidad y su filiación, bajo condiciones de tratamiento igual y en respeto a su dignidad humana y a la de sus padres.

CONCLUSIONES

- Los cambios estructurales que ha sufrido la concepción de familia contemporánea, por fenómenos como las nuevas formas de reproducción asistida, así como por la conformación de familias compuestas por padres del mismo sexo, viene modificando el panorama unidimensional en torno a las estructuras del afecto, la vida en común, la paternidad, la procreación y los roles sexuales, educativos y de crianza en Colombia.
- La Corte Constitucional colombiana ha sido un actor nacional muy importante para responder a la urgencia normativa frente a los nuevos contextos históricos de familia plural y de paternidad que requieren reconocimiento y trato acertado de parte del Estado y que han recibido solo respuestas anacrónicas y desfasadas desde el seno de los cuerpos legislativos del país.
- La desarticulación entre paternidad y homosexualidad en Colombia se encuentra asentada en un juicio de valor negativo sobre la capacidad de las personas con orientación sexual diversa a desarrollarse como buenos padres. Sin embargo, una clara comprensión de esta historia muestra las decisiones culturales tomadas para interpretar el homoerotismo en Colombia, y señala también la necesidad de contar con nuevos pronunciamientos y decisiones culturales que desmonten estas pasadas interpretaciones asentadas en nuestra cultura jurídica.
- La filiación en Colombia como reconocimiento legal a la paternidad con los consecuentes fenómenos jurídicos que ello desata: patria potestad, alimentos, conminación legal y constitucional a la protección de los derechos fundamentales de los niños sobre los padres y el amparo igualmente legal y constitucional a la familia, entre otros, ha venido siendo concebida por la ley como un asunto exclusivamente heterosexual, y su progresiva transformación solo se bate en campos constitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abello, J. (2007). *Filiación en el derecho de familia*. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.
- Azuero-Quijano, A. y Albarracín, M. (Ed.). (2009). *Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia. Sentencias emblemáticas*. Bogotá: ILSA.
- Bernal-Crespo, J. S. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. *Opinión Jurídica*, 12 (24), 137.
- Bustamante-Tejada, W.A. (2008). El delito de acceso carnal homosexual en Colombia. *Co-herencia*, 5(9), 113-141. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/774/77411536006.pdf>.
- Cardim, P. (2010). Gobierno y política en el Portugal del seiscientos: la mirada de Antonio Vieira. *Historia*, 76 (2010), 107-138.
- Colmenares, G. (1990). La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino. *Boletín Cultural y Bibliográfico*, 27 (22), 2-19.
- Davidow, L. (2000). The glandular solution: sex, masculinity, and aging in the 1920s. *Journal of the History of Sexuality*, 9 (3), 277-304.
- Fleck, L. (1986). *La génesis y el desarrollo de un hecho científico: introducción a la teoría del estilo de pensamiento y del colectivo de pensamiento*. Madrid, España: Alianza.
- Freud, S (1993). Tres ensayos para una teoría sexual en: Freud, S. (1993). *Los textos fundamentales del psicoanálisis*. Barcelona, España: Altaya.
- Gley, E. (1925). *Curso de fisiología, sustentado en la Facultad de Medicina*. Ciudad de México, México: Secretaría de Educación Pública.
- Goffman, E. (1989). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu Editores.
- Gruzinsky, S. (1986). Las cenizas del deseo. Homosexuales novohispanos a mediados del siglo XVII. En S. Ortega, (Ed.). *De la santidad a la perversión o de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad novohispana* (pp. 255-281). Ciudad de México, México: Grijalbo.
- Havelock Ellis, H. (1942). *Studies in the psychology of sex, Vol. 1*. New York, Estados Unidos de América: Random House.
- Junquera de Estéfani, R. (Ed.). (2013). *La reproducción médicamente asistida. Un estudio desde el Derecho y desde la moral* (pp. 53).
- Krafft-Ebing, R. (1894). *Psychopathia sexualis, with special reference to Contrary sexual instinct: a medico legal study*. Londres, Inglaterra: F.J. Rebman.
- Lamm, E. (Ed.). (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, (24), 76-91.
- Londoño-Jaramillo, M. (2012). Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Opinión Jurídica*. 11 (22), 45-64.
- López-de Armas, K.M. y Amado-Amado, C. (2014). Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista Derecho Privado*, (52), 1-18.
- López-Estrada, F. (1992). *Las Siete Partidas. Antología*. Madrid, España: Castalia.
- López-Medina, D. (Ed.). (2016). *Cómo se construyen los derechos, narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Luna, F. (2013). Infertilidad en Latinoamérica: En busca de un nuevo modelo. *Revista de Bioética y Derecho Universidad de Barcelona*, (28), pp. 34-50.
- Maquard, O. (Ed.). (2007). *Dificultades con la Filosofía de la Historia*. Trad. Ocaña, E. Valencia: Pre-Textos.
- Maquard, O. y notas de Ocaña, E. (2000). *Adiós a los Principios*. Novatores (15). Valencia, España: Institutió Alfons El Magnànim.
- Maquard, O. (Eds.). (2007). *Felicidad en la Infelicidad. Reflexiones Filosóficas*. Trad. Espinoza, N. Madrid, España: Katz.

- Marañón, G. (Ed.). (1930). *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*. Madrid, España: Morata.
- Marañón, G. (1931). *Estudios de fisiopatología sexual*. Barcelona, España: Manuel Marín.
- Marañón, G. (1973). *Tres ensayos sobre la vida sexual: Sexo, trabajo y deporte, maternidad y feminismo, educación sexual y diferenciación sexual*. Ciudad de México, México: Editorial Nacional.
- Marion Sims, J. (1866). *Clinical notes on uterine surgery with special reference to the management of the sterile condition*. New York, Estados Unidos de América: William Wood & Co.
- Mendiola, J., Ten J., Vivero, G., Roca, M. y Bernabéu, R. (2005). Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, 22(1), 15-22.
- Mendoza C.H. (2015). El inicio de la vida: discurso bioético-jurídico en la Legislación Mexicana. *Revista de Bioética y Derecho* (33), 28-43.
- Polo-Usaola, C. y Olivares-Zarco, D. (2011). Consideraciones en torno a la propuesta de despatologización de la transexualidad. *Revista de la Asociación Española Neuropsiquiátrica*, 31 (2), 285-302.
- Robaldo, M. (2011). La homoparentalidad en la deconstrucción y reconstrucción de familia. Aportes para la discusión. *Punto Género*, 1 (1), 171-183.
- Ruiz-Fúnez, M. (1927). *Endocrinología y criminalidad*. Madrid, España: Morata.
- Sánchez-Bringas, Á. (2009). Hasta que lo alcancemos... Producción académica sobre reproducción asistida en publicaciones mexicanas. *Alteridades*, 19 (38), 21-40.
- Solano, S. (1935). El homosexualismo y el estado peligroso. *Criminalia*, 2(10), 137-139.
- Suárez, F.R. (1956). *La Filiación* (tesis inédita de doctorado). Pontificia Universidad Católica Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Trevizo, A.V. (2014). Dilemas bioéticos en torno a la fertilización in vitro (FIV) y la mujer gestante: hacia la figura de un consejero reproductivo. *Acta Bioethica*, 20 (2), 181-187.
- Uziel, A.P. (2007). *Homossexualidade e adoção*. Rio de Janeiro, Brasil: Garamond.