

¿CAN THE LAW GO BEYOND HETEROSEXUALITY?

¿Puede estar la ciencia jurídica más allá de la heterosexualidad?*

Fecha de recepción: 20 de julio de 2010
Fecha de aprobación: 7 de diciembre de 2010

*Mauricio Pulecio Pulgarín***

RESUMEN

El presente artículo examina las críticas al discurso científico, la teoría feminista, y las principales corrientes de interpretación jurídica frente a los conflictos jurídicos derivados de las uniones afectivas de parejas del mismo sexo. El primer capítulo, expone tres entradas para realizar análisis del discurso con enfoque de género no heterosexual, claves de lectura útiles para realizar un ejercicio hermenéutico de los fallos, doctrina y normas jurídicas referentes a las parejas del mismo sexo. El segundo capítulo, expone las tesis de las teorías feministas, especialmente de las teóricas *Queer*, respecto a la forma en la que opera el 'pensamiento heterosexual' y su obligatoriedad en el derecho. El tercer capítulo y la conclusión, recogen los resultados antes desarrollados, de modo que se propone como marco teórico para leer las principales escuelas de interpretación jurídica con un enfoque de género reconocedor de la diversidad de parejas que existen en la sociedad.

ABSTRACT

This article examines the criticism of scientific discourse, feminist theory and conventional legal interpretations related to legal disputes arising from the emotional relationships between same-sex couples. The first chapter outlines three starting points for discourse analysis with a focus on non-heterosexual gender which are useful for a hermeneutical analysis of sentences, legal doctrine and norms that concern same-sex couples. The second chapter presents the thinking of feminist theorists, especially queer theorists, about the way in which "heterosexual thinking" operates and how it is compulsory in Law. The third and concluding chapter is based on the results previously presented and proposes a theoretical framework for a gender-based reading of the principle schools of legal interpretation which recognizes the diversity of couples that exist in society.

* Artículo producto de investigación del grupo Derecho y Política de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Adscrito al proyecto de investigación "Criterios de Decisión Judicial frente a parejas conformadas por personas LGBT", desarrollado por el grupo mención y financiado por la Dirección de Investigaciones de la Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá D.C. (Colombia).

** Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Titular de la asignatura 'Filosofía del Derecho' de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá D.C. (Colombia). Correo electrónico de contacto: jmpuleciop@libertadores.edu.co

Palabras clave

Pensamiento heterosexual, interpretación judicial, discurso, ciencia jurídica, machismo, LGBT, parejas del mismo sexo.

Key words

Heterosexual thought, judicial interpretation, discourse, legal science, sexism, LGBT, same-sex couples.

INTRODUCCIÓN

Este es un trabajo cuyo objeto de estudio es el discurso científico. Más concretamente el lenguaje que se despliega en el discurso científico-técnico creado por la ciencia jurídica -es decir un lenguaje artificial, como dirían los lingüistas clásicos-, que utiliza palabras como familia, unión marital de hecho, compañero y compañera permanente, entre otras, con la carga simbólica heterosexual difundida en la cultura.

Desde luego que el derecho no se puede separar de la cultura, es fruto y subsistema del sistema cultural, lo mantiene y reproduce. Sin embargo, la potencialidad transformadora del derecho y la enorme capacidad que tiene para ponerse al servicio de los grupos sociales oprimidos lo dota de un gran poder (re)creador de cultura, o más bien, de subversión de normas culturales que forjan exclusiones la mayor parte de las veces ratificadas por el derecho. Y esa tarea subversiva tiene que empezar en el lenguaje (Bourdieu, 2001, p. 96).

La ciencia del derecho hace parte del conglomerado de ciencias y disciplinas que Monique Wittig llama "el pensamiento heterosexual" (2010, p. 53) y por lo tanto, los conceptos con los que opera han sido creados para regular los efectos jurídicos de la vida jurídica heterosexual. Lo anterior no entraña cierta "heterofobia" ni el rechazo al reconocimiento de las relaciones heterosexuales, que son el objeto primordial de protección del derecho de familia. Antes bien, el principal objetivo de este trabajo es presentar, a partir de un análisis del discurso jurídico, cómo el pensamiento heterosexual en el derecho puede llegar a oprimir, excluir y rechazar los vínculos afectivos que se constituyen fuera de la heterosexualidad obligatoria, y que esas demandas de justicia, de inclusión política y de reconocimiento ético cuentan con insumos producidos por la misma ciencia del derecho para ser tramitadas.

Partiendo de la tesis de que el derecho es una ciencia cuyo lenguaje es primordialmente heterosexista, un segundo objetivo es examinar la utilidad de las herramientas creadas por las principales escuelas de interpretación jurídica para transformar la realidad de exclusión de grupos minoritarios, frente a la realidad de rechazo padecido por las parejas conformadas por personas LGBT -lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas- en el derecho colombiano. Estas herramientas no hacen alusión directa a los conflictos

suscitados por las relaciones de pareja conformadas por personas con orientaciones sexuales diferentes a la heterosexual. De hecho, son rotuladas como meras técnicas de interpretación legal usadas con fines prácticos entre académicos, operadores jurídicos y litigantes. Por ello, el aporte del presente escrito es el abordaje con enfoque de género no heterosexual que se hará de las mismas.

La metodología que se utilizó en este artículo fue la exploración documental, dado que los argumentos aquí expuestos son los que las filósofas feministas y las teóricas *Queer* han esgrimido para denunciar el sesgo heterosexista al interior de las ciencias sociales, incluyendo el derecho. Así las teorías que los pensadores de la *interpretación jurídica* han acuñado para perfeccionar las formas de interpretar el derecho, y que pueden emplearse para pensar estrategias de emancipación y reconocimiento de derechos a parejas conformadas por personas LGBT, fueron analizadas a la luz de las críticas al discurso científico de Michel Foucault, Pierre Bourdieu y Eve Sedgwick.

DISCUSIÓN

Hacia un análisis del discurso jurídico con enfoque de género no heterosexual

"He salido del armario, luego existo"
Colectivo ACT UP, Nueva York

Los discursos jurídicos de derecho positivo contemporáneos son el fruto del modelo científico positivista que emerge, desde el siglo XIX, como método paradigmático de producción de conocimiento en las sociedades occidentales contemporáneas. Michel Foucault expone tres formas a través de las cuales se establecen sistemas de exclusión en las sociedades actuales, formas que manan de los discursos científicos. Uno de los que más llama su atención es el discurso jurídico.

En primer lugar, la "palabra prohibida", estrategia que censura el habla diferenciando aquello de lo que es posible hablar de lo que no, es una eficaz táctica para eludir de la discusión en la arena pública temas que desequilibran los sistemas de poder de las sociedades de control contemporáneas. En segundo lugar, la "separación de la locura" es el mecanismo a través del cual la ciencia médico-psiquiátrica patologiza y normaliza ciertas conductas consideradas dañinas para

las sociedades de control¹; así el discurso científico expulsa de sus consideraciones realidades desestabilizadoras que, en todo caso, siempre subyacen a las estructuras de poder.

Sin embargo, la tercera forma denominada por él “la voluntad de verdad”, es la que resulta más interesante. A propósito del discurso del derecho penal del siglo XIX, el autor dice:

Pienso además en cómo un conjunto tan prescriptivo como el sistema penal ha buscado sus cimientos o su justificación, primero naturalmente, en una teoría del derecho, después, a partir del siglo XIX, en un saber sociológico, psicológico, médico psiquiátrico: como si la palabra misma de la ley no pudiese estar autorizada en nuestra sociedad más que por el discurso de la verdad (Foucault, 2008; citado por Foucault, 2007 p. 49).

Así como el discurso de verdad varía, y con él el conocimiento necesario para normativizar las acciones susceptibles de ser perseguidas por el sistema jurídico-penal, no obstante, una verdad de carácter absoluto como la “heterosexualidad” se ha mantenido incólume.

Foucault propone cuatro principios para analizar el discurso científico, los cuales serán muy útiles para el presente trabajo de investigación:

Trastocamiento: En el panorama científico no hay una sola fuente de discursos, sino un mundo de discursos ininterrumpidos. Teorías que niegan teorías, antítesis que se oponen a ciertas antítesis; muestran la volatilidad con la que se niegan las verdades científicas.

Discontinuidad: Hay discursos ignorados y excluidos. Toda teorización que haga inteligible la realidad deja ininteligible alguna parte de esa misma realidad.

Especificidad: El discurso es una práctica sobre las cosas, hay cierta violencia regular sobre ellas que dota de regularidad al discurso.

Exterioridad: A partir del discurso y de su regularidad, es importante ir a sus condiciones externas de posibilidad (Foucault, 2008, p. 52).

En adelante se espera someter el discurso jurídico al examen de estos principios de análisis discursivo frente a la realidad de las vidas que se desarrollan fuera de la heterosexualidad.

La propuesta de Pierre Bourdieu también resulta de gran utilidad. Él, desde la sociología, resalta el efecto simbólico del discurso lingüístico. Con esto quiere decir que el discurso muchas veces, pese a estar dotado de un formalismo gramatical coherente, puede encontrarse, paradójicamente, vacío a nivel semántico. No está con ello reviviendo el clásico problema filosófico sobre la distinción entre forma y materia. Bourdieu (2001) aspira a mostrar que el discurso científico puede transmitir significados culturales vacíos, sesgados, excluyentes, pero anclados en estructuras formales totalmente coherentes:

Todas las teologías religiosas y todas las teodiceas políticas han sacado partido del hecho de que las capacidades generativas de la lengua puedan exceder los límites de la intuición o de la verificación empírica para producir discursos *formalmente* correctos, pero *semánticamente* vacíos (pp. 15-16).

En este contexto la función del discurso jurídico se torna fundamental; resulta ser el que finalmente sintetiza los discursos científicos de las demás ciencias sociales, los condensa en normas positivas respaldadas por la coacción estatal, unificando así elementos cuya génesis social queda enmascarada. En esa medida la capacidad del discurso jurídico para instituir dominaciones simbólicas, es decir, para crear sistemas culturales totalizantes es inmenso; sus categorías crean realidades que, tras un formalismo coherente, logran instaurar dominaciones que en la operatividad del discurso permanecen imperceptibles.

El discurso jurídico es palabra creadora, que confiere vida a lo que enuncia. Es el extremo hacia el que pretenden todos los enunciados performativos, bendiciones, maldiciones, órdenes, votos o insultos (Bourdieu, 2001, p. 16).

De otro modo, los procesos de colonización no hubieran obtenido el éxito que alcanzaron. Dominar la lengua es dominar la cultura, las costumbres, la

¹ ¿Se puede decir que Colombia es una ‘sociedad de control’, tal y como la comprende Foucault? El intento por esbozar una respuesta puede ser leído en algunos aportes de los escritos de Santiago Castro-Gómez. (Cfr. Castro-Gómez, S. (2009). Tejidos Oníricos: Movilidad, capitalismo y Biopolítica en Bogotá. Bogotá: Instituto Pensar, Pontificia Universidad Javeriana).

vida social. Monopolizar el discurso es el objetivo de toda imposición social y cultural, y ese objetivo tiene siempre a la base una maquinaria jurídica. Al llegar a este punto es importante aclarar que uno de esos pilares discursivos del derecho, uno de los dogmas formales que transmiten significado simbólico, en términos de Bourdieu, y que dan cuenta en especial de la *discontinuidad* del discurso, en términos de Foucault, es la heterosexualidad.

Eve Kosofsky Sedgwick señaló que, ignorar la realidad de la homosexualidad al interior de los discursos científicos es una estrategia del poder utilizando la palabra, ya que se silencia y se mantiene “en el armario”, formas de orientación sexual no heterosexuales, todo lo cual es provechoso a los sistemas económicos, culturales y políticos modernos.

Estos efectos de la ignorancia pueden ser utilizados, autorizados y regulados a gran escala para asombrosas imposiciones, quizá sobre todo en torno a la sexualidad, que es la actividad humana de la cultura moderna occidental con mayor carga significativa. [...]

[...] En la medida en que la ignorancia es la ignorancia de un conocimiento, estas ignorancias, lejos de formar parte de una oscuridad ancestral, están producidas por conocimientos específicos y circulan como parte de regímenes de verdad específicos (Sedgwick, 1990, pp. 15-18).

A partir de estos tres enfoques de análisis del discurso es importante preguntarse ¿qué consecuencias acarrea continuar ignorando la existencia de parejas conformadas por personas no heterosexuales en los discursos científico-jurídicos? Silenciar en las decisiones judiciales la realidad de los vínculos afectivos establecidos por personas LGBT, con base en una discursividad científica discontinuo-formal, ¿no corrobora la denuncia de Foucault, Bourdieu y Sedgwick, dado que con ello se ignoran realidades desestabilizadoras de los contemporáneos regímenes culturales, realidades que esos mismos regímenes han oprimido para erigir sus formas de dominación?

Preguntas como estas guiarán los argumentos presentes en este texto para que así, a partir de un trabajo de teoría crítica en el derecho, se arroje luz sobre el camino a seguir a la hora de dirimir, judicialmente, pleitos encabezados por parejas de personas LGBT con todas las consecuencias que estos conllevan.

¿Por qué hablar de “heterosexualidad obligatoria” en el derecho?

Cuando María Mercedes Gómez (2007) dice:

“[...] nunca utilizo la palabra” heterosexismo porque pienso que la expresión heterosexualidad obligatoria enfatiza mucho mejor el aspecto normativo de los patrones culturales y políticos en contra de las sexualidades alternativas” (p. 74).

No sólo está revelando la existencia de una variedad de conceptos disponibles para nombrar a las personas no heterosexuales, sino la inexistencia de un consenso para denominar a quienes el deseo los ubica fuera de los márgenes sexuales culturalmente establecidos.

Lo anterior ha sido un problema de investigación ético - lingüístico importante, con gran asidero en el trabajo de la filósofa y teórica *Queer* Judith Butler. Para ella lo “impensado”, al no tener lugar en el lenguaje ni en la cultura y al estar fuera de los marcos de inteligibilidad que sostienen el mundo, se convierte en objeto de opresión. Lo “impensado” debe insertarse en los marcos de pensamiento y de habla dominantes, so pena de perder cualquier status jurídico, político o cultural. Es decir, que la vida oprimida por un marco de pensamiento dominante, para obtener reconocimiento, acoge como legítimos los marcos discursivos que han deslegitimado su existencia: “[...] los marcos que, en efecto, deciden cuáles vidas serán reconocibles como vidas y cuáles no, deben circular en orden a mantener su hegemonía” (Butler, 2009, p. 12)².

Una realidad impensada, o más bien pensada desde los marcos de inteligibilidad dominantes, en el lenguaje imperante en las ciencias sociales, es la de la vida homosexual. Este tipo de vidas son significadas desde antes de que florezcan, y sus significados provienen del pensamiento heterosexual. Para éste la homosexualidad es categorizada como la otredad abyecta de la vida sexual. A la luz del “pensamiento heterosexual” la propia experiencia de la vida homosexual no puede aportar a la construcción de los términos bajo los cuales va a ser entendida. Se ignora, se silencia, se excluye y se incorpora formalmente en los términos del discurso dominante.

2 La cita es traducción propia. En este pasaje la filósofa está refiriéndose a la circulación iterable, reiterada, repetida, de los marcos de significación dominantes, de modo que se impida aprehender nuevas formas de interpretar la realidad.

Toda realidad *significada* está ya íntima e indiosociablemente comprometida con las estructuras lingüísticas que permiten dar cuenta de ella, y remite necesariamente a todo el sistema que posibilita su posicionamiento en el lenguaje. (Pérez, 2005, p. 139).

¿Cómo reclamar un derecho si no existen categorías lingüísticas que permitan existir con dignidad dentro del lenguaje? ¿Cómo adquirir un derecho si las categorías lingüísticas disponibles para nombrarlo tienen un claro sesgo heterosexual? En otras palabras, si las estructuras lingüísticas que sostienen el discurso jurídico fueron pensadas para las vidas heterosexuales ¿de qué forma puede lograr el derecho llegar a ser una herramienta que aplique justicia a las vidas de las personas no heterosexuales tal y como son vividas?

El discurso se vuelve opresivo cuando exige que el sujeto hablante, para hablar, intervenga en los términos mismos de esa opresión, es decir, que presuponga la imposibilidad o ininteligibilidad del mismo sujeto hablante. Esta supuesta heterosexualidad, según ella [Wittig], tiene lugar dentro del discurso para comunicar una amenaza: “serás heterosexual o no serás” (Butler, 2007, p. 14).

Monique Wittig, inspiradora de Butler, escritora y teórica de los años 60', brinda los cimientos a la idea anterior. Para Wittig (2009) la opresión a las personas no heterosexuales se legitima en los discursos de las ciencias sociales. Estos discursos parten de un supuesto trascendental, ahistórico y universal: la heterosexualidad organiza todas las relaciones de género (p. 49) ¿Tiene la heterosexualidad existencia *a priori*, como la “Razón” o a la “Dignidad humana” -cualidades inherentes al género humano-, tal y como lo ha entendido el pensamiento occidental poscartesiano y postkantiano? Es decir, si de todo ser humano se pueden pregonar características universales como racionalidad y dignidad ¿se puede colegir también que todo ser humano es heterosexual? Para las ciencias sociales fue así, por lo menos durante gran parte de su historia:

Esta tendencia a la universalidad tiene como consecuencia que el “pensamiento heterosexual” es incapaz de concebir una cultura, una sociedad, en la que la heterosexualidad no ordenara no sólo todas las relaciones humanas, sino su producción de conceptos al mismo tiempo que todos los procesos que escapan a la conciencia (Wittig, 2009, p. 52).

Las teorías más emblemáticas de la mayor parte de antropólogos, filósofos, historiadores, literatos, geógrafos, psicólogos y sociólogos, estuvo marcada por una miopía sexual que se abstuvo de pensar formas de vida no heterosexuales –por lo menos así lo denuncia Wittig a fines de los años 70' en la academia francesa-. Por lo tanto, para los efectos de este trabajo resulta importante preguntarse ¿escapa el derecho a la crítica de Wittig? ¿O es el derecho uno de esos saberes que acriticamente incorpora la heterosexualidad como un supuesto universal ineluctable y apolítico, relegando así el lesbianismo y la homosexualidad a conformar sociedades afectivas “impensables” o enunciadas³ de forma despectiva, aunque siempre hayan existido y continúen existiendo? (Wittig, 2009, p. 52) ¿De dónde proviene el lenguaje que alimenta la maquinaria jurídica, que se reproduce acriticamente en leyes, jurisprudencias y resoluciones? ¿Cuál es la fuente que impone al discurso jurídico la marca de la heterosexualidad?

En la tradición jurídica democrática liberal los seres humanos construyen ordenamientos jurídicos mediante los cuales estandarizan, por medio de normas, comportamientos generadores de deberes y obligaciones socialmente aceptados. La figura políticamente utilizada para acordar tal compendio de normas son los pactos sociales, en la tradición inglesa (Hobbes, 2006, p. 141)⁴ o contratos sociales, en la tradición francesa (Rousseau, 1981). No obstante, algo que no se negocia en el pacto social es la orientación sexual. Todos los contratantes son heterosexuales: esta pseudoverdad está a la base del contrato social y excluye a cualquier persona con orientación sexual distinta a la heterosexual. En el contrato social los homosexuales no se categorizan, no se piensan, no se regulan las relaciones afectivas que puedan establecer ni la violencia que puedan padecer. Los pactos sociales son excluyentes porque “eliminan”, “silencian” e “ignoran” discursivamente las vidas no heterosexualizables,

3 Aunque existen formas de nombrar a las personas LGBT, la mayor parte de las formas de enunciación de estas realidades está marcada por un lenguaje de odio. (Cfr. Butler, J. (1997). *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid: Síntesis. La filosofía postfeminista Queer conmina entonces al derecho a legislar para aquellos seres humanos para los cuales nunca se legisló, posibilidad que se viabiliza dada la potencia de creación que caracteriza al lenguaje. Cfr. Butler, J. (2006). *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós.

4 Cfr. Hobbes, Th. (2006). *Leviatán, O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica. & Locke, J. (1990). *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Alianza, Madrid.

En efecto, las convenciones y el lenguaje muestran mediante una línea de puntos el cuerpo del contrato social, que consiste en vivir en heterosexualidad. Porque vivir en sociedad es vivir en heterosexualidad. De hecho, para mí contrato social y de heterosexualidad son dos nociones que se superponen (Wittig, 2009, p. 66).

Al llegar a este punto hablar de injusticia no suena descabellado, ¿cómo acceder a la administración de justicia siendo homosexual, si esta opción poco ha sido concebida y estudiada en la ciencia jurídica? Es más, el escollo legal en Colombia es el principal argumento que se puede esgrimir para probar que la voz homosexual no ha estado representada, que no figuró la posibilidad de la vida homosexual o bisexual como cláusula contratada, y si intenta abrirse camino⁵ es apabullada por el “pensamiento heterosexual”.

La teórica *Queer* contemporánea Beatriz Preciado, también ha explicado que la heterosexualidad, lejos de ser una esencia natural, necesita ser repetida en los códigos culturales, siendo uno de ellos el lenguaje científico. Es decir, que ante el asomo de la homosexualidad en el campo discursivo, especialmente jurídico, se levanta la “naturalidad” de la heterosexualidad desde una posición de habla ya legitimada, sin percatarse que esa misma “naturaleza” también está siendo fruto de una construcción cultural reiterativa.

La [hetero] sexualidad, lejos de surgir espontáneamente de cada cuerpo recién nacido, debe re-inscribirse o re-instituirse a través de operaciones constantes de repetición y de re-citación de los códigos [masculino y femenino] socialmente investidos como naturales (Preciado, 2002, p. 23).

Aunque las teóricas *Queer* Wittig, Butler y Preciado logran mostrar cómo la heterosexualidad deviene heteronormativa, otras intelectuales también brindan importantes argumentos que coadyuvan a denunciar la exclusión lingüística que afecta a las personas que están fuera de un sistema social en el que la heterosexualidad es obligatoria. Desde luego que analizar las relaciones humanas con enfoque de género es un trabajo que arroja resultados diferentes, según sea

el grupo humano que se estudie. Por eso al hablar de relaciones de pareja, aunque las necesidades de las mujeres son distintas a las de personas no heterosexuales, lo cierto es que los insumos teóricos de algunas filósofas feministas son de gran utilidad para visibilizar la segregación que genera un pensamiento que, además de heterosexual, también es patriarcal.

Por ejemplo Celia Amorós (1991) incorpora el feminismo a la filosofía para estudiar la raíz patriarcal del pensamiento ilustrado liberal. Para ella la femineidad representa la otredad por antonomasia, la posición de pensamiento que está fuera del marco cultural dominante cuyo rasgo característico es el falocentrismo, que se expresa en el lenguaje, tanto en el natural como en el artificial (Posada, 2006, citado por Guerra & Harrdison p. 206). Entonces el lenguaje del derecho ilustrado liberal es un lenguaje que se produjo para regular una sociedad falocéntrica donde el poder simbólico masculino es visto como el verdadero poder, y su producción de conceptos responde a ese paradigma sexual.

Estas tesis permitieron a feministas como Robin West (2004) aseverar que la teoría del derecho es esencialmente masculina, porque los conceptos de la dogmática jurídica representan intereses más estrechamente vinculados a la forma de vida masculina y heterosexual predominante en sociedades machistas, en este caso la colombiana. La teoría jurídica sentó las bases para que el derecho opere a partir de categorías como individualidad, autonomía y libertad, y la ciencia jurídica asumió que todos los contratantes del pacto social son individuos autónomos y libres, completamente libres. Pero West, recogiendo los aportes de teóricas feministas como Carol Gilligan y Nancy Chodorow, invita a preguntarse ¿acaso los seres humanos no están profundamente conectados a otros? ¿Es cierto que al nacer se es libre, o más bien se depende de la madre, del entorno familiar, de educadores y de muchas otras personas hasta bien entrada la adultez? Incluso quizá no se deja de vincularse con otros jamás ¿Es la experiencia de vida femenina una experiencia de total “independencia” y “autonomía”, o más bien la maternidad es una experiencia de “conexión” y profunda “dependencia” con otros? Y ¿hasta qué punto el derecho refleja y protege unos intereses y no otros? En esta misma línea de pensamiento ¿están las conexiones emocionales y afectivas que establecen las personas no heterosexuales recogidas en las normas jurídicas? O más bien ¿quedan este tipo de relaciones, al igual que ciertas conexiones femeninas, relegadas al lenguaje

5 Al respecto varias de las iniciativas legislativas para promulgar normas que cobijen los intereses de la comunidad LGBT han sido derrotadas. (Cfr. Lemaitre Ripoll, J. (2009). El derecho como conjuero, fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Uniandes & Siglo del Hombre Editores).

construido por la teoría masculina del derecho? ¿Qué opciones han sido democráticamente debatidas, diseñadas y consensuadas para regular las uniones confirmadas por personas no heterosexuales? ¿Qué opciones diferentes a copiar los modelos de regulación de las relaciones heterosexuales, los cuales además están permeadas por una cultura patriarcal, machista y eurocéntrica?

Si aún muchos de los reclamos de las feministas están pendientes en la agenda de derechos a desarrollar por los ordenamientos jurídicos, la pretensión de los reclamos de las comunidades que se empiezan a organizar fuera de los vínculos heterosexuales puede parecer utópica. Es por eso que Butler sugiere examinar las formas en que los lazos afectivos no heterosexuales resignifican conceptos cuyos significados culturales, y a la postre jurídicos, han permanecido petrificados como el parentesco, y que hoy de cara a estas realidades cada vez más visibles, toman nuevos contornos.

Alguien se preguntará ¿cuál es el fin de resignificar el parentesco? ¿Para qué desplazarlo de su posición hegemónica y expandirlo hacia lo desconocido? ¿Se trata todo esto de mera elasticidad conceptual, o es un requerimiento de la ciencia del derecho redefinir este tipo de conceptos?

Pues bien, siendo imposible brindar respuestas absolutas a interrogantes como los anteriores, lo único cierto es que *de facto* el parentesco se organiza de formas diferentes a las que los conceptos jurídicos atienden. El establecimiento de vínculos por parte de los seres humanos es una necesidad vital, y es imposible saber de antemano qué formas de estabilización toman esos vínculos en los distintos grupos que se conforman. No obstante, es un hecho que no todos imitan la estructura heterosexual, por lo cual el concepto de parentesco, atado a formalizaciones siguiendo a Bourdieu, instituye modelos de organizar la vida humana que no se corresponden del todo con la pluralidad de la vida social. Es fundamental distinguir, a nivel conceptual en las discusiones que rodean las uniones de parejas del mismo sexo, el tema de la familia y del parentesco. La familia tiene una génesis judeo-cristiana, es una estructura social y política propia de la cultura occidental, con una organización establecida patriarcalmente. Pero el parentesco alude a los vínculos humanos que sostienen la vulnerabilidad humana, los lazos duraderos con quienes se ama, se desarrolla y se forja una vida compartida, los cuales no existen única y exclusivamente entre personas que tienen filiación de consanguinidad. En

consecuencia, si el concepto de familia no se abre a las nuevas formas de configuración del parentesco, sí es importante que el significado del parentesco no mantenga un compromiso acrítico, discontinuo discursivamente en palabras de Foucault, con una única forma de relacionamiento social.

Aunque la génesis conceptual del concepto de “familia” apareje lo contrario, las múltiples formas de organización del parentesco también deberían hacer parte de la investigación, reflexión y deliberación de ésta vertiente del derecho, de lo contrario, continuarán proliferando discursos pseudo científicos, dado que mantendrán la exclusión, el silenciamiento, la opresión y el machismo denunciado por Foucault, Bourdieu, Sedgwick, Wittig y West.

Si entendemos el parentesco como una serie de prácticas que instituyen relaciones de varios tipos mediante las cuales se negocian la reproducción de la vida y las demandas de la muerte, entonces las prácticas de parentesco serán aquellas que surjan para cuidar de las formas fundamentales de la dependencia humana, que pueden incluir el nacimiento, la cría de los niños, las relaciones de dependencia emocional y de apoyo, los lazos generacionales, la enfermedad, la muerte y la defunción (por nombrar sólo algunas) (Butler, 2006, p. 150).

La inclusión de la realidad afectiva de las personas LGBT ya se vislumbraba, como obligación del discurso jurídico, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948):

Artículo 2º. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo⁶, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición.

6 Aunque la declaración hable de ‘sexo’, es claro que el sexo no alude únicamente a la morfología genital –que en todo caso también es, en muchas ocasiones, intersexuada-, sino a toda la vida sexuada de una persona. El ‘sexo’, que también tiene una fuerte carga cultural, no es un esquema binario que reduce la complejidad de la vida sexual a los órganos genitales normalizados. cfr. Pulecio, J.M. (2009). *Filosofía y Diversidad Sexual: Aportes para una Lectura de la Constitución Colombiana en clave de género*. Universitas, N.º. 119 Julio – Diciembre (pp. 161-188; también en Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan*. Barcelona, Paidós, 2002 y en la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-336 - 08).

En el devenir de la historia humana han existido siempre seres humanos con orientaciones sexuales e identidad de género diversas⁷, y a nivel jurídico el reconocimiento de esa realidad estaba ya, de forma embrionaria, contenida por la *Declaración*. Empero, el discurso científico ha reproducido el “pensamiento heterosexual” y machista, silenciando, excluyendo e ignorando, bajo el velo de conceptos formales (de acuerdo a las ideas de Bourdieu, Foucault, Sedgwick) una parte de la realidad sexual de la humanidad.

Ahora bien, un ejercicio de interpretación sistemático de las normas jurídicas de raigambre nacional en el caso de las parejas del mismo sexo, debe leerse en consonancia con estos estándares normativos universales

Artículo 7º. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda la discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

¿Por qué no son iguales entonces las parejas del mismo sexo? Si el Artículo 2º proscribe cualquier forma de discriminación basada en el sexo y la orientación sexual, y la cláusula del Artículo 7º además, iguala la situación de todas las personas prescindiendo de cualquier criterio, ¿qué razón esgrimir para seguir desigualado las relaciones humanas homosexuales frente a las heterosexuales? Leídos estos artículos haciendo abstracción del “pensamiento heterosexual” u “homosexual”, es decir, sin un contenido concreto referido a la orientación sexual ¿qué duda cabe sobre la dignidad de ambos tipos de parentesco para ser protegidos por la legislación, más aún cuando los vínculos homosexuales han sido borrados de la historia de las normas y de los discursos científicos del positivismo jurídico?

Artículo 16. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, na-

cionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

¿Está explícitamente afirmando el Artículo 16 que la familia es siempre heterosexual? ¿Acaso “los hombres y las mujeres” no abre una gama de posibilidades de relación entre hombres, entre mujeres, o entre hombres y mujeres, sin fijar un tipo? Más allá de la literalidad del texto, leer la *Declaración* con enfoque diferencial de género(s) no heterosexual, permite dar cuenta de que las asociaciones de parejas del mismo sexo tienen asidero jurídico en instrumentos universales como estos, y el compromiso de una ciudadanía cosmopolita no se adhiere una religión, patrón cultural o visión absoluta del mundo. Así el enfoque *Queer* que se le ha dado a la comprensión de la *Declaración* permite mostrar la ausencia del “pensamiento heterosexual” en ésta; su presencia sólo pervive en la mente de los esquemas culturales de muchos estudiosos, operadores, legisladores y aplicadores de la norma.

El principio de igualdad, como explica el filósofo del derecho argentino Eduardo Rabossi (1990), significa que: “En todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo” (p. 176).

Ahora bien ¿es una razón suficiente para dar un trato diferente la orientación sexual de las personas que componen uniones afectivas guiadas a establecer vínculos de parentesco con vocación familiar? Si la heterosexualidad no es sólo una opción, sino más bien una obligación que está a la base de la organización jurídica y política ¿no da cuenta así el “pensamiento heterosexual” de su ímpetu opresivo, al mantener la orientación sexual dentro de las razones que justifican un trato diferencial a las personas y a sus relaciones afectivas? ¿Hay una razón suficiente para dar un trato diferente a las relaciones de las personas no heterosexuales por fuera del “pensamiento heterosexual”? Y si la hay ¿no entrañaría este tipo de razón o conjunto de razones actos discriminatorios no justificados, escondidos en discursos jurídicos “científicos”?

Siguiendo el razonamiento para el cual la heterosexualidad es una obligación, es lógico que ningún ordenamiento jurídico liberal de Occidente haya regulado con precisión las relaciones sentimentales establecidas por personas homosexuales. Fácil resultó, según los

7 Al respecto se puede encontrar en el libro “Homofobia: una historia” de Byrne Fone un gran esfuerzo por construir la historia de la homofobia desde la antigüedad clásica; logra mostrar cómo es a partir de la cristiandad liderada por Constantino donde, después de penalizar los actos homosexuales, se puede hablar de una política homofóbica de gran calado en la civilización Occidental; ergo el libro reconoce y documenta la existencia de la homosexualidad desde las primeras civilizaciones. Agradezco al Doctor César Sánchez Avella, su cooperación en la construcción de este argumento.

juristas clásicos, asegurar que las relaciones amorosas establecidas por personas homosexuales o bisexuales no generan “efectos jurídicos”. Pero esta afirmación silencia, ignora y excluye formas de vida que en todo caso necesitan ser protegidas por el ordenamiento jurídico, tal y como se protegen las demás.

A pesar de los avances en derechos logrados en Colombia frente a los derechos de las parejas del mismo sexo⁸, el vacío normativo al respecto es un aliciente para que el “pensamiento heterosexual”, para el cual la heterosexualidad no es una opción sino una obligación, continúe imponiéndose. Siguiendo a Sedgwick, ignorar la regulación legal de las uniones afectivas de parejas del mismo sexo junto con todos sus efectos, es una poderosa herramienta a través de la cual se formaliza la injusticia en contra de quienes, por su orientación sexual, son sub-ciudadanizados. Como lo afirma Javier Ugarte, aunque las luchas de la minoría LGBT no son una lucha alineada con las luchas políticas convencionales en busca de derechos convencionales, eso no mengua su importancia. Las personas LGBT, a pesar de cumplir con los deberes que se derivan de la ciudadanía (Artículo 95, CP), no obtienen los mismos derechos que las personas heterosexuales, paradoja infranqueable que ha cohesionado a esta minoría en torno a la búsqueda de reconocimiento social y político,

El problema al que se enfrentan desde hace tiempo los colectivos que los defienden [a los homosexuales], consiste en que las democracias occidentales mantienen distinto número de derechos según la persona de que se trate, homosexual o heterosexual, aunque los ciudadanos trabajan o pagan impuestos con independencia de su orientación y de los derechos que les son reconocidos. Surge entonces una diferencia entre la nacionalidad y la ciudadanía, que resulta patente en este caso más que en otros, porque si todos los individuos que nacen dentro de un Estado tienen la nacionalidad que les corresponde, no todos tienen la misma ciudadanía (Ugarte, 2005, p. 10).

¿Es justo, a nivel jurídico y político, que la orientación sexual impida el goce pleno de los derechos civiles que confiere el status de ciudadano, como los que se derivan de la unión marital de hecho o del matrimonio? La situación de las parejas conformadas por personas LGBT ¿no está acaso hoy por hoy, desajus-

tada del sentido que la Constitución Política, que incorpora al ordenamiento jurídico nacional (Artículo 93 CP) instrumentos como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), en tanto que a pesar de estar conformadas por ciudadanos iguales a los demás, no son reconocidas como legítimas? ¿De qué forma se ha ocultado, en discursos científico jurídicos discontinuos, formales y silenciados, el “pensamiento homosexual”?

La implementación de los derechos conferidos a las uniones maritales de hecho de personas LGBT por parte de la Corte Constitucional aún es quimérica, puesto que, por ejemplo funcionarios de la superintendencia de Notariado y Registro, y demás encargados de hacerlos valer, continúan anclados en la estrechez totalizadora del “pensamiento heterosexual”.

La Instrucción Administrativa No. 6 de 2010 expedida por el Superintendente de Notariado y Registro el 11 de Febrero de 2010, y dirigida a todos los notarios del país para “verificar cuidadosamente la procedencia de elevar a escritura pública, las declaraciones de existencia de Uniones Maritales de Hecho, de conformidad con la Ley 979 de 2005, cuando se trate de utilizarlas por parte de extranjeros en Colombia para obtener Visa Temporal de Compañero Permanente de Nacional Colombiano’ desconoce la interpretación que la Corte Constitucional hizo de la Ley 54 de 1990; el texto de la Instrucción reitera que “los compañeros deben ser hombre y mujer”.

Por eso, aunque muchos de los retos por venir de las parejas del mismo sexo perviven en el texto de las normas, en la teoría jurídica y en el ejercicio de interpretación judicial, un obstáculo aún mayor es el que persiste en forma de prejuicio en las mentes de servidores públicos, jueces, abogados, y demás personas encargadas de administrar justicia. Tan sólo en Bogotá un estudio realizado por la Alcaldía Mayor revela que:

Con respecto a una cultura de derechos (entendida como promoción de transformaciones culturales para el reconocimiento de la titularidad de derechos de las personas), los temas de diversidad sexual y de género siguen siendo de difícil o inadecuado manejo por parte de servidores y servidoras públicos, lo cual incide en el desarrollo de su papel como garantes de derechos. Los estereotipos culturales se transfieren a la atención institucional, impidiendo que la función pública se

8 Cfr. C-075-07; C-029-09.

haga desde un enfoque de derechos. A nivel social y de la ciudadanía en general, a pesar de cambios experimentados en la ciudad recientemente con respecto al tema, aún hay una comprensión parcial o limitada de lo que significan las orientaciones sexuales o las identidades y expresiones de género como parte de los derechos de las personas (2008, p. 20).

En definitiva se está ante un legislador cuyo “pensamiento heterosexual” organiza de antemano toda relación afectiva y niega replantearse. No en vano Wittig (2006) afirma que “el pensamiento dominante se niega a analizarse a sí mismo para comprender aquello que lo pone en cuestión” (p. 23). El “pensamiento heterosexual” niega la posibilidad de hablar al “pensamiento homosexual”, pues inhibe, antes de que emerjan, tipos de relación filial distintos por el pánico que genera lo desconocido, recurriendo al reduccionismo de argumentos textualistas, como los llama López Medina (2008, p. 29). Tal es el caso de la Superintendencia de Notariado y Registro.

La estrechez de miras del “pensamiento heterosexual” cercena el libre desenvolvimiento de la libertad amorosa por un miedo que, precisamente ante la inexistencia de una certeza, no haya opción distinta a reprimir toda aquella vida humana a la que aún no se le ha permitido habitar el mundo a plenitud (Butler, 2006, p. 58). La destrucción de la orientación sexual del texto de las normas jurídicas y de la dirección de la interpretación de las mismas, es la única vía para que, a futuro, esas normas dejen de privilegiar a las personas heterosexuales y de excluir a las no heterosexuales.

Interpretación judicial del derecho con enfoque diferencial de género no heterosexual

“La humanidad llegará pronto a ser incapaz de concebir la diversidad, Cuando durante algún tiempo ha perdido la costumbre de verla”

(Stuart, 2006, p. 125)

Siguiendo al profesor Rodrigo Uprimny (2006), en la interpretación judicial el sujeto activo del ejercicio de interpretar -el juez-, no puede interrogar las fuentes que interpreta. Las fuentes del derecho⁹ utilizadas por el operador jurídico para impartir justicia en sus

⁹ Enlistadas en el Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, a saber: ‘la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina’.

decisiones, están dadas por la norma fundamental, y en esa medida no cabe cuestionar su vigencia. La objeción de conciencia es buen ejemplo de inaplicación de las normas por parte de los jueces basados en consideraciones subjetivas, acción inadmisibles para algunas escuelas rígidas de interpretación jurídica.

Es menester ahora concentrarse en explicar cómo las escuelas de interpretación jurídica, pese a sostener posturas diferentes, tienen elementos útiles para responder a las demandas de justicia suscitadas por las parejas conformadas por personas LGBT. De esta manera se ofrece una gama de perspectivas para la resolución de conflictos generados en la interpretación de las normas jurídicas en tratándose de derechos de parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Uprimny clasifica las distintas escuelas de interpretación judicial en cuatro: dos posturas radicales y dos intermedias. Las radicales son el *deductivismo* y el *activismo judicial*, y las intermedias son el *positivismo normativista* y las escuelas *tópicas* y *argumentativas* (2006, p. 7).

La primera de ellas, la escuela radical del *deductivismo* judicial, debe su nombre a que sostiene una concepción estricta del derecho. En efecto, para esta escuela el derecho está constituido por un conjunto de mandatos contenidos en normas y respaldados por sanciones (Uprimny 2006, p. 8). La aplicación del derecho consiste en un ejercicio silogístico mecánico, en el que la premisa mayor (la ley), se aplica a una premisa menor (los hechos), dando como conclusión el fallo.

En efecto, para el *deductivismo judicial* la interpretación de las normas es un mero ejercicio de “aplicación” de textos normativos, sin posibilidad alguna de que el ejercicio de comprensión salga del tenor literal de las mismas. Es comprensible que la ley fuese tomada de manera tan estricta ya que para mediados del siglo XVIII las modernas sociedades liberales buscaban seguridad jurídica en los procesos de juzgamiento, y de esa manera, el proceso judicial no dependería del capricho de los gobernantes o de los intérpretes de turno. Como lo expresa Diego López.

De acuerdo con esta versión del papel del juez, profundamente enraizada en las creencias básicas del liberalismo de la segunda mitad del siglo XVIII, el juez se debe contentar con ser “la boca de la ley”, el vocero impersonal del orden jurídico que, si pretende la legitimidad democrática, tiene que ser la expre-

sión de un cuerpo legislativo que representa la “voluntad general” (2008, p. 28).

Por tal razón, uno de los grandes aportes del liberalismo político a la ciencia jurídica a través de la escuela *deductivista* de interpretación es, concebir la ley como la expresión de la voluntad popular, fruto de un proceso político que tiene establecidas sus reglas en el “contrato social” (estando implícita la heterosexualidad obligatoria de los contratantes), razón por la cual el oficio del intérprete se limita a hacer una lectura exegética del texto legal. Esta visión de la ley dota de certeza las transacciones jurídicas y de seguridad a los procesos de juzgamiento sobre los asociados, especialmente en el ámbito penal. Cesare Beccaria (1764), uno de los grandes pensadores ilustrados y exponente clásico del *deductivismo* declaró, respecto a los juicios penales que:

No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley. Este es un dique roto ante el torrente de las opiniones. [...]

El espíritu de la ley sería por tanto el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una fácil o malsana digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas fuerzas nimias que varían las apariencias de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre (2005, p. 89).

Con estas opiniones Beccaria alerta del peligro que las pasiones y las opiniones personales representan para decidir casos en derecho. Es obvio que el operador jurídico no puede asumir la postura de una máquina insensible que fácilmente prescinde de sus creencias y concepciones culturales. Sin embargo, lo importante es que el intérprete esté en la capacidad de asumir una postura crítica frente a la decisión de casos polémicos y pueda separar sus posturas morales privadas de los hechos que tiene frente a sí, al momento de aplicar el texto legal. En otras palabras, si sentencias como la C-075-07 y la C-029-09 extendieron el significado del concepto “compañero/a permanente” en las uniones maritales de hecho a las personas del mismo sexo, mal harían los intérpretes si obstruyen la aplicación de fallos de esta índole anteponiendo visiones de vinculación afectiva propias del “pensamiento heterosexual”. Por vía del *deductivismo*, es decir, tras una lectura literal del texto de leyes como la Ley 50 de 1994, acorde con la parte

resolutiva de las Sentencias arriba señaladas, refulge con claridad que es norma del ordenamiento jurídico colombiano que las uniones maritales de hecho de personas del mismo sexo, con todos sus efectos, son exactamente iguales a las uniones maritales de hecho de personas heterosexuales.

Aún así, en la práctica, los requisitos que exigen muchas notarías del país para certificar la existencia de uniones maritales de hecho conformadas por personas LGBT son distintos a los exigidos para el mismo trámite cuando se trata de parejas heterosexuales, por nombrar sólo un caso (Sarmiento, 2009). Y es comprensible esta tendencia, debido a que si las leyes que promulga el legislador se derivan de un contrato social heterosexual y machista, decisión tras decisión, a través de la repetición de una serie de fallos, el derecho ha coadyuvado a establecer la realidad (in)dubitable de la heterosexualidad. (Butler, 2007, pp. 272-274).

Siguiendo la clasificación de Uprimny, otra escuela radical de interpretación judicial, y además totalmente opuesta al *deductivismo* es la llamada *libre activismo judicial* –LAJ–, dentro de la cual se encuentra la *escuela del derecho libre*, cuyo exponente clásico es Hermann Kantorowicz, y el *realismo jurídico* en cabeza de autores como Oliver Wendell Holmes.

Grosso Modo esta línea de pensamiento sobre la interpretación jurídica resalta la injerencia de la voluntad del operador del derecho en todo ejercicio de exégesis. En consecuencia, rechazan el modelo silogístico de aplicación normativa, y es una escuela enfática en afirmar que las consideraciones éticas, sociológicas y filosóficas no pueden desterrarse de la acción de interpretar el derecho. En este orden de ideas, la regla de interpretación según la cual si las demás fuentes de derecho resultan insuficientes el juez debe juzgar en virtud de la regla que establecería si fuera legislador (Uprimny, 2006, p. 8), es plenamente válida en tanto que reconoce la existencia de lagunas en el derecho, por lo que es de vital importancia estudiar la injerencia del componente volitivo en la interpretación cuando surjan conflictos en los cuales la norma a aplicar no existe, es confusa o vacilante.

Lo anterior no significa que la interpretación del derecho sea obra de la arbitrariedad del intérprete. Nada más lejano al espíritu de las instituciones democráticas. Por el contrario, si algo caracteriza la función de los operadores de justicia para el LAJ es la finalidad; con sus decisiones persiguen material-

zar los principios de justicia (López, 2008, p. 122) y la solución de conflictos jurídicos en vez de aplicar deductivamente un ordenamiento legal considerado justo *per se*. Esa tarea la asumen los jueces y además es juramentada, por lo cual se puede asegurar que no se trata de una actividad caprichosa, sino un rito cuyas consecuencias son controladas fuertemente por el ordenamiento jurídico.

Así el juez está compelido a orientar el ejercicio interpretativo tomando en consideración la dinámica social, en la cual es oprimida la vida afectiva de las personas del mismo sexo, silenciadas y excluidas de los discursos científicos machistas del derecho positivo como lo aseveraron Foucault, Sedgwick, Wittig, Amorós y West. Por eso es dable concluir la importante misión de transformación social que sobre este punto tiene el juez como activista judicial. Tal es la propuesta de las escuelas del LAJ,

El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución la ley reclama (Kantorowicz, 1949, pp. 362-363).

¿Cuál es la finalidad que debe perseguir un intérprete de las normas frente a casos relacionados con parejas conformadas por personas LGBT? ¿Permitir el predominio del "pensamiento heterosexual" o incorporar al lenguaje científico jurídico los intereses de las personas que conforman tales uniones?

A mediados del siglo XIX la escuela del LAJ se nutre del pragmatismo filosófico, por lo que la vertiente del *realismo jurídico* resalta la importancia de la *utilidad* como factor a tener en cuenta en cada decisión que adopte el intérprete.

¿Por qué ignorar la utilidad de salvaguardar los derechos de las parejas del mismo sexo, si socialmente el desconocimiento de esos vínculos genera fenómenos de violenta injusticia? ¿En qué perjudica a las parejas heterosexuales la existencia de parejas no heterosexuales si se habita un mundo pluralista y diverso y así lo plasma la Constitución Política de Colombia (Artículo 1º)? Antes bien, si aquí se habla de un enfoque diferencial de género no heterosexual ¿qué conocimiento útil arroja al mundo social la exis-

tencia de modos de organización de la vida afectiva distintos a los heterosexuales? ¿No se puede aprender acaso de las uniones homosexuales formas de vinculación afectiva no patriarcales, menos excluyentes y más equitativas, formas que en todo caso son el reflejo de maneras poco estudiadas hasta el momento en que los seres humanos establecen lazos de parentesco? Es más, el reconocimiento pleno de las uniones de personas del mismo sexo resulta útil para todas las luchas feministas tradicionales; tal y como lo manifiesta Teresa de Lauretis, en la interpretación de Beatriz Preciado (2008), "el feminismo funciona o puede funcionar como un instrumento de normalización y de control político si reduce su sujeto a <<las mujeres>>" (p. 83).

Defensores del LAJ han comparado la labor de los jueces a la de la escritura de una obra de literatura (Dworkin, 1997) en la medida en que la vida del derecho es un trabajo de escritura a varias manos. Precedente tras precedente la jurisprudencia va tomando forma y se van perfeccionando los criterios de decisión judicial. Las reglas de derecho van surgiendo a medida que los jueces aportan, desde la solución de casos concretos, a la larga línea de fallos que modelan las tendencias de resolución de conflictos jurídicos. Es decir, la jurisprudencia concatena la creatividad con la responsabilidad social. En ese orden de ideas las uniones de parejas del mismo sexo son oportunidades importantes para la innovación y creación jurisprudencial, para que la imaginación de los creadores de la ciencia jurídica impulse el nacimiento de nuevos lenguajes que permitan habitar el mundo a quienes, ininteligibilizados, no han podido hacerlo a plenitud.

Una de las escuelas intermedias caracterizadas por Uprimny es la escuela *argumentativa*. Uno de sus intelectuales es Neil MacCormick, autor para el cual la función del operador jurídico es justificar una decisión, ofrecer argumentos que muestren cómo su decisión se infiere de los hechos probados en el caso y de las normas vigentes. Ésta vertiente del pensamiento sobre la interpretación también abdica del modelo lógico silogístico, y en su lugar propone solucionar cada caso en su especificidad siempre y cuando responda a tres requisitos: "a) universalidad, b) Que la decisión tenga sentido frente al sistema jurídico (requisitos de la consistencia y de la coherencia) y c) Que sea coherente con las consecuencias que supone (requisito consecuencialista)" (Uprimny, 2008, p. 45).

Respecto al primero, varios autores han mostrado cómo el reconocimiento de personas LGBT en su dignidad implica el reconocimiento de sus afectos, de sus pérdidas y duelos, sin distinguir alguno por razón de su orientación sexual. Lo importante es que ese reconocimiento equivale a un avance en el *progreso moral* de la humanidad universalmente considerada¹⁰, una humanidad para la cual antaño fue “impensable” el reconocimiento de derechos por otras razones como raza, origen étnico, religión, etcétera.

En torno a los otros dos requisitos, fácil es señalar como se ha denunciado aquí, que el “pensamiento heterosexual” domina el discurso discontinuo de la ciencia jurídica. En ese sentido las decisiones a favor de las parejas del mismo sexo hallan sentido si se reconoce la función social de derecho, su característica de disciplina que permite la emancipación de grupos históricamente oprimidos, o en la línea de las escuelas intermedias *argumentativas*, si se concibe al juez “como agente protector de los intereses de los grupos menos favorecidos, consecuencia que debe lograr la decisión judicial” (Uprimny, 2008, p. 55).

Siendo ese un ideal que persigue el ordenamiento jurídico, mal haría en pensarse que el otorgamiento de derechos a parejas de personas LGBT riñe con la coherencia del mismo. Además si una de las consecuencias que busca la interpretación judicial es, partiendo de la independencia judicial, “proteger los derechos de grupos minoritarios y perjudicados por los mayoritarios” (Uprimny, 2008, p. 56) es plausible afirmar que las consecuencias sociales y políticas del reconocimiento de parejas del mismo sexo, siguiendo a Amorós, West y Preciado son benéficas en tanto que desmantelan estructuras machistas sedimentadas en el corazón de la conciencia social, y además permiten a las luchas feministas y postfeministas abrirse hacia sujetos políticos “impensados”, hacia la ideación de formas de regulación jurídica de la vida de seres humanos que, en gran medida, logran redefinir el concepto mismo de humanidad (Butler, 2006, p. 56).

Otras vertientes de los modelos intermedios de interpretación jurídica como el *derecho alternativo* de Luigi Ferrajoli y el *pragmatismo jurídico* de autores como Richard Posner, reconocen el peso de la visión política que tiene el juez frente a cada caso. Por ejemplo, como bien lo anota Uprimny (2008), para Ferrajoli “el juez no puede ser apolítico, tiene que adoptar

una postura política frente al caso y cuando el juez se declara apolítico está asumiendo una postura política implícita y peligrosa” (p. 56).

Y para Posner (2008) “es central la visión política en la medida en que el juez debe centrarse en las consecuencias. Siendo el juez un sujeto de creación jurídica, en las decisiones judiciales no sólo interviene la ley, sino también su visión política” (p. 56).

De otra manera no sería posible, por parte de la rama jurisdiccional del poder público, transformar las inequidades sociales respetando el rigor en la interpretación y en el desentrañamiento de la finalidad de la ley.

Sin embargo, en Colombia es lamentable que la Corte Constitucional en casos específicos no reconozca el silenciamiento (Sedgwick) y la discriminación que han padecido las personas LGBT en discursos científico-jurídicos discontinuos y machistas (Foucault, West) anclados en *formalismos* que encubren injusticia material (Bourdieu).

Por ejemplo en la sentencia T- 911 de 2009 la Corte Constitucional colombiana, iguala la situación de una pareja del mismo sexo a la de cualquier pareja heterosexual, desconociendo la realidad de discriminación y, consecuentemente, el ocultamiento al que han sido forzadas históricamente las relaciones afectivas de personas homosexuales. Varios de los argumentos que sostienen la negación del derecho de sustitución pensional al compañero superviviente del causante protagonista del caso son:

Resalta la sala que el reconocimiento de prestaciones o derechos específicos en cabeza de estas personas está sujeto a los mismos requisitos que conforme a las normas aplicables resultan exigibles frente a la generalidad de las personas, de los cuales no podrán ser exonerados únicamente en atención a su condición de homosexuales. Es precisamente este el estándar a cuya preservación y defensa apunta la jurisprudencia constitucional aquí reseñada. [...]

Entiende la Sala que este requisito [el de la declaración notarial de la unión marital de hecho] no implica para los compañeros heterosexuales una exigencia irrazonable o desproporcionada, sino por el contrario, una carga racional y justificada, de las que nor-

10 Cfr. Rabossi, E. y Rorty, R. (2000). Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo en: Verdad y Progreso. Barcelona: Paidós.

malmente demanda el ordenamiento jurídico para el legítimo ejercicio de los derechos [...]

Es claro recordar que el sólo hecho de tratarse de una persona homosexual no confiere una prelación especial en circunstancias como esta, tal como la Corte tuvo oportunidad de precisarlo en la Sentencia C-336 de 2008 (Corte Constitucional, T-911 de 2009).

¿El estándar al que apunta la jurisprudencia constitucional colombiana entonces es a olvidar que, tal y como lo señaló Aristóteles (1994), la igualdad supone un trato entre iguales y un trato desigual entre desiguales? Además, como se ha argumentado a lo largo de este trabajo, las relaciones de las personas LGBT han estado siempre fuera de los contratos sociales, del discurso de la ciencia jurídica, del 'pensamiento heterosexual', y son dominadas por el machismo cultural y el falogocentrismo lingüístico.

Claro que el requisito exigido por la Corte no supone una exigencia irrazonable poniendo en práctica la racionalidad totalizante del "pensamiento heterosexual" (Wittig, 2006, p. 51), pero pensado desde el lente homosexual, hace una década reconocer una unión afectiva por parte de personas del mismo sexo (caso *sub examine*) era todo un tema tabú, un tópico no sólo silenciado sino enmudecido por el pensamiento patriarcal y machista hegemónico¹¹. Hoy en día pese a la obtención de derechos por parte de la comunidad LGBT¹², persiste el prejuicio en la mente de muchos operadores judiciales como muro infranqueable para la materialización de derechos civiles y políticos de parejas del mismo sexo.

No se trata de una prelación especial, como lo asegura la Corte, sino de examinar una situación en su especificidad, desde su realidad de injusticia y de man-cillamiento social. ¿No constituyen acaso este tipo de casos oportunidades para que el Juez, como lo aducen Ferrajoli, Posner y Dworkin plasme su visión política y apoyándose en un ordenamiento jurídico contemporáneo, defienda acérrimamente el principio de la pluralidad de principios jurídicos como fun-

damento de los derechos fundamentales que reflejan sociedades complejas y diversas como las nuestras? (Zagrebelsky 1999, p. 17).

CONCLUSIÓN: LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN DISPUTA

"El lesbianismo, la homosexualidad, y las sociedades que podemos crear, no pueden ser pensadas o enunciadas, aunque siempre hayan existido"

(Wittig, 2006, p. 52).

Siguiendo a Wittig, una consecuencia obvia de la orientación sexual no heterosexual es el establecimiento de relaciones de pareja que, a la postre, forman vínculos de parentesco y, potencialmente, núcleos familiares. Estos son mercedores de protección jurídica contraviniendo su desprotección, silenciamiento, exclusión y formalización bajo categorías machistas, como lo denunciaron Foucault, Bourdieu, Wittig, Sedgwick, Amorós y West.

Actualmente el vacío legal obliga a que los casos de parejas conformadas por personas LGBT sean resueltos al vaivén del ejercicio de interpretación por parte del operador jurídico, el cual en muchas ocasiones razona bajo la estrechez del "pensamiento heterosexual", siendo incapaz de reconocer la diferencia histórica, social y política de la realidad de las personas homosexuales. Sin embargo, hay elementos en las escuelas *radicales* y en las escuelas *intermedias* de interpretación judicial, según la clasificación hecha por Rodrigo Uprimny, que contienen elementos de juicio útiles para orientar la interpretación de los conflictos jurídicos generados por parejas de personas del mismo sexo hacia una resolución coherente con los fines del ordenamiento jurídico recogidos en la Constitución Política y en el sistema político democrática, liberal y contractualista de un Estado como el colombiano.

Como explica Gerald N. Rosenberg, las Cortes afrontan bastantes obstáculos para ser efectivas productoras de reformas sociales significantes; están constreñidas por la naturaleza limitada de los derechos constitucionales y la incapacidad judicial para desarrollar políticas apropiadas para la implementación de los derechos conferidos a las minorías. Para Rosenberg (2008) aún así el dinamismo de las Cortes hace que la institución judicial sea más efectiva que cualquier otra institución gubernamental al impulsar reformas sociales. Además la juridización de la vida

11 'Before the law, en términos de Kivalanka & Faith, los grupos oprimidos aceptan la carencia de derechos como inmodificable. Cfr. Faith, R.; Kivalanka, K. A. (2008). Same-Sex Couples: Legal Complexities. Journal of Family Issues, Vol. 29, No. 8. August. (p.1053)

12 'Against the law', es decir que, a pesar de decisiones desfavorables, el efecto que trae la concesión de derechos es la emergencia de la conciencia de resistir a la opresión legal por parte de los grupos oprimidos (Faith, R.; Kivalanka, K. A., 2008, p. 1053).



política cada vez más permite que, paulatinamente los derechos de grupos minoritarios, hallen asidero en la vida social, por lo que es importante continuar reflexionando sobre la manera en que pueden utilizarse las herramientas de interpretación judicial propuestas por las diferentes escuelas de interpretación judicial, utilizando frente a casos de parejas conformadas por personas LGBT un enfoque diferencial de género no heterosexual.

Lo anterior pone en entredicho el género del derecho¹³, que como lo mostró Wittig, el derecho es fruto

del “pensamiento heterosexual”, el cual se incorporó por medio del contrato social. También, siguiendo a Foucault, Bourdieu y Sedgwick, en los discursos científicos de las ciencias sociales, y estando el derecho dentro de ese ramillete, hay discontinuidad, exclusión, silenciamiento y opresión de la realidad de las vidas de personas homosexuales y de sus relaciones afectivas, por lo cual la objetividad de la dogmática jurídica, y específicamente, del derecho de familia y de los métodos de interpretación judicial del derecho quedan en disputa con el feminismo y la teoría *Queer*.

13 Este trabajo abre una interesante discusión en torno a la pregunta ¿tiene género heterosexual el derecho?, frente a la cual importantes argumentos como los de Robin West, Celia Amorós, Judith Butler y Monique Wittig ya han sido presentados.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amorós, C. (1991). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Barcelona: Anthropos.
- Aristóteles. (1994). *Política*. Madrid: Gredos.
- Beccaria, C. (2005). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Bourdieu, P. (2001). *¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos*. Madrid: Akal.
- Butler, J. (1997). *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid: Síntesis.
- Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Buenos Aires: Paidós.
- Butler, J. (2006). *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós.
- Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Barcelona: Paidós.
- Butler, J. (2009). *¿Frames of war when is Life Grievable?* US: Verso.
- Castro-Gómez, S. (2009). *Tejidos Oníricos: Movilidad, capitalismo y Biopolítica en Bogotá*. Bogotá: Instituto Pensar, Pontificia Universidad Javeriana.
- Constitución Política de Colombia, [C.P.], julio 6 de 1991. (Colombia).
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 7, Diciembre 10 de 1948.
- Dworkin, R. (1997). *Cómo el derecho se parece a la literatura*. En C. Rodríguez (Compilador), *La Decisión Judicial, El Debate Hart-Dworkin* (pp. 149-189). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Faith, R &, Katherine A. (2008). *Same-Sex Couples: Legal Complexities*. *Journal of Family Issues*, Vol 29, 1051-1066.
- Fone, B. (2008). *Homofobia: una historia*. México: Océano.
- Foucault, M. (2007). *Historia de la sexualidad 1- La voluntad de Saber*. México: Siglo XXI editores.
- Foucault, M. (2008). *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquet Editores.
- Gómez, M. M. (2007). *Violencia, homofobia y psicoanálisis: entre lo secreto y lo público*. *Revista de Estudios Sociales*, No. 28, 72-85.
- Hobbes, Th. (2006). *Leviatán, O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kantorowicz, H. (1949). *La lucha por la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro, fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Uniandes & Siglo del Hombre Editores.
- Locke, J. (1990). *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Alianza.
- López, D. E. (2008). *La letra y el Espíritu de la Ley*. Bogotá: Universidad de los Andes & Temis.
- Pérez, N. P. (2005). *Cuerpo y Discurso en la obra de Judith Butler: Políticas de lo abyecto*. En: C, David; S. Javier; V. Paco, *Teoría Queer: Políticas bolleras, maricas, trans*. Mestizas (pp. 139). Madrid: Egales.
- Posada, L. (2006). *Celia Amorós*. En: G. María José; H. Ana (Edits.), *20 pensadoras del siglo XX*. Oviedo: Novel & Caja Canarias - obra social y cultural.

- Preciado, B. (2002). *Manifiesto contra-sexual: prácticas subversivas de identidad sexual*. Madrid: Editorial Prima.
- Preciado, B. (2008). *Testo Yonqui*. Madrid: Espasa Calpe.
- Pulecio, J. M. (2009). Filosofía y Diversidad Sexual: Aportes para una Lectura de la Constitución Colombiana en clave de género. *Universitas*, No. 119. 167-188.
- Rabossi, E. (1990). Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (No. 7), 175-192.
- Rorty, R. (2000). Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo. En: *Verdad y Progreso*. Escritos filosóficos (pp. 219-242). Barcelona: Paidós.
- Rosenberg, G. N. (2008). *The Hollow hope: can courts bring about social change?* Oxford: University Press.
- Rousseau, J.J. (1981). *El contrato social o principios del derecho político*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Sarmiento, J.P. "Las Uniones Maritales de Hecho entre Parejas del Mismo Sexo, Una lucha inconclusa contra la discriminación", en: *Revista de Derecho*, núm. 32, 2009. pp. 57 - 96.
- Sedgwick, E. K. (1990). *Epistemología del armario*. Barcelona: Tempestad.
- Stuart, J. (2006). *Ensayo sobre la libertad*. Madrid: Mestas.
- Secretaría Distrital de Planeación. (2008). *Por una ciudad de derechos: Lineamientos generales de la política pública para la garantía plena de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas – LGBT – y sobre identidades de género y orientaciones sexuales en el Distrito Capital*. Bogotá: Alcaldía de Bogotá.
- Superintendencia de Notariado y Registro. Instrucción Administrativa No. 6 de 11 de Febrero de 2010.
- Ugarte, J. (2005). *Sin derramamiento de sangre. Un ensayo sobre la homosexualidad*. Barcelona: Egales.
- Uprimny, R. y Rodríguez, A. (2006). *Interpretación Judicial. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela "Rodrigo Lara Bonilla"*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- West, R. (2004). *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, Instituto Pensar y Uniandes.
- Wittig, M. (2006). *El pensamiento heterosexual*. Barcelona: Egales.
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil: ley, justicia, derechos*. Madrid: Trotta.