

La adopción por partes de parejas del mismo

Sexo Vs la concepción “tradicional” de la familia y el interés superior del menor en Colombia

Efrén Luis Álvarez Montero

Resumen

Desde tiempos inmemorables las personas homosexuales o la unión de parejas del mismo sexo han sido una inquietud central de las discusiones jurídicas en Colombia, pues es evidente las concepciones tanto religiosas como tradicionales de tal fenómeno que divide al país, debates sobre los derechos a la personalidad, a la pareja, al matrimonio y al formar constitucionalmente una familia.

El carácter institucional de la familia y la protección especial que se le atribuye se consolidó concretamente con la creación de la Constitución Política de 1991, bajo el entendido de relaciones heterosexuales, no obstante debido al sinnúmero de litigios en el tema, ha llevado de la mano el reconocimiento masivo de derechos de las parejas del mismo sexo; por tanto hoy por hoy buscan la consolidación definitiva de sus derechos intangibles, en especial al acceso igualitario a la adopción. Este artículo de reflexión, tiene como propósito revisar las más importantes decisiones jurisprudenciales concernientes a la adopción homobiparental, en contraste a las posturas de oposición, basadas en la concepción tradicional de la familia y el interés superior del menor de edad frente a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, junto a los relevantes efectos e impacto de estos fallos en la sociedad colombiana.

Palabras Claves Familia, Derechos Fundamentales, Protección, Adopción, Homosexual.

Abstract

Since time immemorial gay people or the union homosexual couples have been a central issue of discussion of legal discussions in Colombia, for both religious conceptions as traditional of phenomenon that divides the country, debates on the rights of personality is evident , the couple, marriage and organize family constitutionally.

The special institutional character of the family and protection that is attributed specifically consolidated with the creation of the 1991 Constitution, the understanding of heterosexual relationships, due to the number of disputes on the issue, he has brought together, mass recognition of rights of homosexual couples; therefore today seek the definitive consolidation of their intangible rights, including equal access to adoption. This article reflection, this reflection article proposes to review the most important jurisprudential decisions concerning homosexual adoption, in contrast to the positions of opposition have been based on the traditional concept of family and the interests of the child against the fundamental principles of the rule of law, with relevant effects and impact of these failures in Colombian society.

Keywords: Family, Fundamental Rights, protection, Adoption, Homosexual.

INTRODUCCIÓN

En la sociedad contemporánea son notables las transformaciones en torno a la noción tradicional de familia, pues esta ha sido históricamente modificada por los variados contextos y nuevas relaciones interpersonales de afecto entre las personas, por lo que el Estado se ha visto en la necesidad de regular esta institución primordial, jurídica y jurisprudencialmente, a efectos de no vulnerar derechos fundamentales.

Así pues, la Constitución Política de Colombia de 1991, en el Estado Social de Derecho, le ha otorgado el carácter ius fundamental de la noción de familia, pues en períodos remotos la familia no ostentaba un verdadero reconocimiento público y prevalente, frente al reconocimiento de los derechos y deberes de cada uno de sus integrantes.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional como criterio vinculante, en variadas decisiones, y como por ejemplo en la sentencia C-577 de 2011, ha reiterado que la institución familiar, era compatible con su origen en parejas del mismo sexo, así pues merecen la protección legal ordinaria si constituyen pareja de hecho, en efecto llegó a reconocer que el ordenamiento jurídico debe ofrecerles un mecanismo para la construcción formal y solemne de la familia, si así escogen hacerlo y no meramente por la vía de la convivencia de hecho. Premisa que es hoy objeto de discusión.

En estos términos, el tema más controversial de cara a los derechos de las parejas del mismo sexo, surge en el efecto del reconocimiento a constituirse como familia y la posibilidad de continuar con la expansión de la misma, esto abiertos a la contingencia de estructurarse con los hijos que de ella se derivan; sin embargo, en virtud del obstáculo que se le enrostraba por la jurisdicción civil a acceder a la paternidad y el prevalecer del principio de obligatoriedad heterosexual para la adopción por parte de una pareja homosexual, representaba una connotación por parte de esta población, una concepción de presuntos prejuicios moralistas en la sociedad.

Así pues, el derecho constitucional representado a través del órgano máximo constitucional en nuestro país, en ejercicio de su función constitucional, se ha enfrentado en replantear la procedencia de tales asuntos, que propendan el reclamo social por parte de las parejas del mismo sexo en fundamentos respecto a la igualdad de acceder a los procedimientos de adopción de niños, niñas o adolescentes.

En estos términos, la H. Corte Constitucional Colombiana, ha tomado el punto de partida concerniente a la regulación de los derechos a la igualdad que disputan las parejas homosexuales en eventos como la adopción, la cual evidencian vacíos legislativos y medidas ineficientes para la regulación de la materia.

En este orden de ideas, este breve artículo, aborda a través de una mirada crítica, la línea jurisprudencial de la H. Corte Constitucional en torno a la regulación de la procedencia de la adopción por parte de parejas del mismo

sexo, y sus efectos en cada caso concreto frente a las diferentes posturas de oposición gravitadas en la denominada concepción “tradicional” de la familia y el interés superior de los menores de edad, como cimiento de estudio preliminar y materialización de las decisiones que han generado choques entre los diferentes puntos de vista que fraccionan al país.

En resumidas cuentas, se pueda consolidar futuras propuestas que podrían ayudar a fortalecer y buscar otros sustentos tanto sociológicos como jurídicos en las decisiones hasta nuestros días, tomadas a la luz de los distintos puntos de vista que amparan, a contrario sensu se oponen a la adopción homobiparental, a fin de que contribuyan al bienestar de los menores de edad como sujetos centrales para el futuro y fuertes contribuyentes del tejido humano en el desarrollo de la comunidad.

METODOLOGIA

La elaboración que se empleará en el presente artículo será por medio de una Investigación jurídica, bajo el Método Histórico, que nos ayudará a llevarnos a diferentes contextos cronológicos para el desarrollo del tema de objeto de discusión académica, y de hacedero entendimiento para las personas particularmente involucradas en este asunto de debate jurídico nacional, pues el derecho sólo se puede conocer a través de su evolución en el tiempo. A su vez la utilización del método deductivo, el cual nos permite la interpretación de normas jurídicas generales hasta llegar a casos concretos relucidos en el presente artículo de revisión de tema.

I. CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA FAMILIA Y SU EVOLUCION EN LA CONSTITUCION DE 1991.

Con el transcurrir del tiempo la que ha sido denominada familia tradicional conformada por una madre y un padre respectivamente, han sufrido distintas mutaciones a los modelos de familias, al ritmo de los avances y las trasformaciones de la sociedad, patologías que fueron descubriendo nuevas formas de organización, en la búsqueda profunda de ser estructuras sujetos de derechos y por ende ser reconocidas ante el Estado y sus instituciones.

Así pues, el carácter institucional de la familia y su protección se introduce como una novedad en la Constitución Política de 1991, en este tenor, el artículo 5º de la Carta Magna ampara a la familia como “*institución básica de la sociedad*”, lo que se reafirma en el artículo 42 al calificarla de “*núcleo fundamental de la sociedad*”. En correspondencia, el artículo 44 del mismo estatuto, el cual consagra el derecho fundamental de los niños “*a tener una familia y no ser separados de ella*”.

La Constitución Política de Colombia, establece explícitamente en su artículo 42, que la familia puede constituirse por medio de vínculos naturales o jurídicos, mediante la determinación de dos personas de contraer matrimonio o por la voluntad libre y responsable de conformarla, a su vez la Carta Política señala que dicha institución, es el núcleo básico de la sociedad, por lo que el Estado y la Sociedad, deben garantizar su protección integral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º Superior.

Igualmente, el artículo 42 Constitucional señala que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar. Dicha igualdad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado¹. Estas normas guardan armonía con los estándares fijados por el derecho internacional y los instrumentos que reconocen el derecho a la familia y su importancia como base fundamental para el desarrollo social y el bienestar de los menores de edad, con fundamento en el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente, el punto de partida para consagrar una expresa y particular protección constitucional a la familia nació como consecuencia de la revisión de instrumentos de derecho internacional como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos,² cuyo artículo 16 consagra el derecho que tienen todos los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, señalando que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la Sociedad y del Estado.

En este orden de ideas, en el transcurrir del siglo XX la Constitución le ha otorgado a los diferentes tipos de familia derechos y

deberes, y en efecto la transformación revolucionaria social y cultural, ha ocasionado que la noción de familia se haya modificado en virtud de los diferentes roles que se expresan en la comunidad. Es innegable como estas transformaciones producto de las relaciones sociales, deben ir ajustadas a la regulación normativa de los estados, sumado al reclamo constitucional que las nuevas familias asociadas proclaman en igualdad de sus derechos. Como parte de tales cambios, las manifestaciones surgidas de movimientos sociales, contra la discriminación, la igualdad de género y la liberación sexual de la comunidad LGTB, alrededor del mundo, abrió cabida a la era de constitucionalización e internacionalización en la protección de sus derechos sociales en cuanto a la diversidad, formas de unión y en efecto estructura familiar, situaciones de hecho que se han visto reflejadas en las distintas reformas legislativas, y regulación vía jurisprudencial en diferentes ordenamientos jurídicos.

A partir de ahí, es cuando se consolidan distintas agrupaciones de personas a nivel nacional e internacional, con el objeto de promover la visibilidad de la homosexualidad, combatir la homofobia y exigir las legislaciones igualitarias en el reconocimiento de organización familiar y el derecho a la adopción. Por ejemplo, en España con la ley 13/2005, del 1º de Julio se modificó el Código Civil a favor de matrimonio entre las personas del mismo sexo y junto a esto el derecho a adoptar

¹ La importancia del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ha explicado la jurisprudencia constitucional, en sentencia 071/2015 radica en que su garantía es “condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta. Al respecto Véase el Art 42, Constitución Política de 1991.

² Aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos no es un instrumento vinculante para los estados, sus artículos pueden ser considerados costumbre internacional, lo cual es una fuente de derecho internacional, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

menores de edad, además de poder recibir prestaciones sociales previstas para el matrimonio homosexual. Así España se convirtió en el cuarto país del mundo en permitir los enlaces matrimoniales entre personas del mismo sexo, después de Bélgica, Holanda y Canadá.³

De tal manera, que se puede observar como este nuevo paradigma constitucional modificó la concepción del concepto usual de familia, en virtud de que se pasó de un modelo de familia unitario o tradicional, a uno de enfoque pluralista y de libre desarrollo de personalidad, sujetos a la igualdad de tutela de derechos fundamentales. Surge entonces, una evolución en diversidad de familias, tales como las denominadas familias homoparentales, conformadas por parejas del mismo sexo entre otras tantas; sin embargo, el camino hacia una verdadera protección constitucional de los derechos de este tipo de familias, en Colombia ha estado enfocada en un camino histórico arduo, desde la Constitución de 1991, con el fin de hacer prevalecer el pluralismo y la libertad constitucionalmente garantizadas para las parejas del mismo sexo.

Por consiguiente, a medida que la familia se altera, la sociedad exige una normatividad acorde y medidas en el orden jurídico para constatarlas a las costumbres y relaciones sociales de los individuos; de la estructura del tipo de familia denominadas homoparental, se desprende que no existe un modelo único de familia, lo cual es notorio que en la actualidad la noción de familia,

también se encuentra enmarcada en la expresión de un notable pluralismo tanto cultural, ideológico, económico, social, hasta religioso.

II. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA A LA UNIÓN DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

Lo expuesto hasta aquí, es de resaltar, en el estado colombiano, ha conllevado a un sinnúmero de conjeturas sociales como resultado a diversos factores en el contexto social, que han requerido el amparo prioritario y su atención por parte de las instituciones estatales, a efectos de no transgredir de derechos fundamentales, y que de igual manera resguarden a los demás sujetos de la sociedad, en específico aquellos de protección especial como los menores de edad.

Es de advertir las deficiencias presentadas por el órgano legislativo para regular, estos temas tan controvertidos alrededor del reconocimiento de familia por parte de las parejas del mismo sexo, el matrimonio, e incluso la adopción por parte de éstos, en consecuencia, la H. Corte Constitucional en diferentes casos y a través de su vasta jurisprudencia se ha visto en la necesidad de ocupar el lugar del Legislador, y plantear directrices y parámetros, que equiparen el sinnúmero de reformas familiares.

Como resultado de las deficiencias de la intervención legislativa, se vislumbra como la postura vinculante y activista del alto tribunal constitucional, en torno a temas que envuelven el contexto familiar y el

³ GUAÑA BARRIOS, Patricia. *Exclusión Social*. Recuperado de <http://grupoexclusion.blogspot.com.co/2013/05/historia-homosexual-y-familias.html>

aspecto voluntario en cuanto a su formación, ha generado distintas posiciones de los H. Magistrados Constitucionales, plasmadas en providencias polémicas, de impacto para toda la nación colombiana, teniendo en cuenta los casos concretos que desatan la controversia y la eventual protección de derechos. En esta línea, la Corte Constitucional ha proferido variada jurisprudencia, desde la sentencia hito hasta la más reciente; sin embargo, se puede observar como la ratio decidendi ha variado en el transcurso del tiempo, hasta llegar a una verdadera aceptación como familia sujetos de derechos y protección constitucional a las formadas por el mismo sexo.

Con respecto a este punto, el máximo tribunal constitucional ha reiterado que la protección a los diferentes tipos de familia debe ser entendida en concordancia con el principio del pluralismo, por lo que no es plausible identificar a la familia únicamente como aquella institución surgida del vínculo matrimonial.⁴ Por tanto se ha reconocido como un derecho de individuos y parejas del mismo sexo, acceder a una institución estatal públicamente para reconocer formalmente su proyecto de vida y su unión.

Así pues, la adopción por parte de personas del mismo sexo, también ha sido un aspecto regulado y discutido por la Corte Constitucional, en diferentes fallos, de lo cual este sin duda alguna, es un tema que nos compete examinar profundamente, por el foco polémico de debate público que

envuelve, a raíz de los pensamientos en contraataque que se cobijan en esta temática; por un lado de posturas conservadoras que defienden la concepción tradicionalista que subyace a la noción de familia, para continuar su proyecto de vida con la transcendencia de los hijos, de constituir una familia por vínculos entre un hombre y una mujer, y por otro lado posiciones que apuntan a que esta expectativa de igual manera la pueden tener las personas homorientadas (en adopción monoparental) y parejas del mismo sexo (en adopción homobiparental).⁵ De ahí que la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, reconoció que el concepto constitucional de familia era compatible con su origen en parejas del mismo sexo, pues merecen que el ordenamiento jurídico deba ofrecerles un mecanismo para la constitución formal y solmene de la familia, si así voluntariamente deciden conformarla.

Por otro lado, se ha estigmatizado a las parejas homosexuales como no idóneas moralmente para el cuidado de niños, pues son opciones de sexualidad increpadas para algunos, pues la relación de estas personas con niños y niñas y adolescentes forma un ambiente de “riesgo” para su desarrollo,⁶ de tal premisa surgen un sinnúmero de preguntas al respecto, entre tantas además un interrogante del cual se ahondara más adelante, ¿ciertamente constituye un factor de “riesgo” para el interés superior de los niños, niñas y adolescentes el acceso de éstos, a familias formadas por parejas del mismo sexo, y en consecuencia delimita la

⁴ Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 029 de 2009 y Sentencia C-258 de 2013, entre otras decisiones.

⁵ LOPEZ MEDINA. Diego. (2016). Como se construyen derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual. Legis Editores, Bogotá. Colombia. P. 170.

⁶ Este punto de vista es defendida y criticada por un sinnúmero de sectores en el país, en gran parte por el sector eclesiástico quienes consideran en ciertos casos que un “padre homosexual es un riesgo para los menores”.

familia natural y tradicional dentro de la sociedad?

III. MARCO JURISPRUDENCIAL DE LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA

Dentro del ámbito jurisprudencial y la fuerza vinculante de las decisiones de la H. Corte Constitucional se ha discutido tres escenarios diferenciados y de gran impacto que el autor López Medina predica en su reconocida obra, denominada como se construyen derechos, descritos bajo el siguiente epitome:

I. La Ley Colombiana permite la adopción monoparental,⁷ y en ella no se hace exigencia explícita alguna con relación a la orientación sexual de la persona adoptante,⁸ en distintos procedimientos administrativos de adopción, los adoptantes monoparentales se quejan de que han sido objetos de discriminación y que sus adopciones han sido dificultadas o negadas por el Estado por el hecho de su homosexualidad. La heterosexualidad no es exigida taxativamente por la Ley, pero los funcionarios tienen un amplio margen de discrecionalidad para juzgar como para proteger el “interés superior del menor” y ello ha dado pie para que la homosexualidad aparezca como tema relevante en varios de estos procedimientos administrativos en adopción, donde es visto como factor de riesgo para los menores de edad. Una de estas problemáticas tiene que ver con las

adopciones originalmente monoparentales, pero que resultan finalmente biparentales porque es claro que el adoptante singular no renuncia al libre desarrollo de su personalidad en la posible configuración de pareja y familia con otra persona. Punto en específico que fue discutido en sentencia T-276 de 2012.

II. El segundo punto de debate en la jurisprudencia constitucional, es el relacionado con la adopción monoparental por parte del compañero homosexual del padre o la madre biológico del adoptado. Es este caso se empieza a atacar las creencias morales tradicionales porque está inmerso el acople de familias tradicionales: Padres o Madres cabeza de familia que se unen en una relación homosexual y su nuevo/a compañero desea adoptar a su hijo biológico/a. Este caso también puede ser catalogado como adopción monoparental, sin duda tiene diferencias claras con el precitado en el acápite anterior, entonces en esta tesis a pesar de la adopción monoparental, aquí el menor de edad queda jurídicamente bajo el cuidado y la patria potestad de una pareja del mismo sexo. Estos casos son la génesis de las primeras polémicas públicas frente a la tradicionalidad y la moralidad, toda vez que se empieza ya por una aceptación de que los niños, niñas y adolescentes pueden quedar en la práctica bajo el cuidado, legalmente consentido, de una pareja homosexual, este escenario fue

⁷ En el Código de la Infancia y la adolescencia se permite la adopción monoparental. En ambos códigos las normas que fijan los requisitos de adopción señalan: “Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido los 25 años de edad” este postulado se aleja de las normas que sobre la adopción contempla el Código Civil de 1887 (L. 53/1887). En la relación original del Código, artículo 269 y ss., la comprensión de la adopción se refleja desde un modelo adánico y no biparental. Si bien la adopción se podía hacer en pareja o individualmente, en ambos casos se pretendía que fuera bajo la

figura del matrimonio. La mujer podía adoptar individualmente, pero solo cuando estuviese casada y su cónyuge prestara su consentimiento a la adopción. Pero solo cuando estuviese casada y su cónyuge prestara consentimiento a la adopción. C.C. ART 287.

⁸ El artículo 68 de la L.1098/06 señala como requisitos para adoptar “podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral, y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente

reiterado por la Corte Constitucional en sentencias SU-617 de 2014, C-071 de 2015 y C-683 de 2015.

III. Posteriormente, nos encontramos frente al asunto trascendental que vislumbra todos estos debates y el que centra mayor atención en todas las discusiones constitucionales, esto es el de la constitucionalidad de la heterosexualidad obligatoria exigida por la Ley Colombiana para cualquier adopción, que a contracara, prohíbe lo homobiparental.

Esta regla de heterosexualidad existía en el Código del Menor de 1989; la postura del alto tribunal constitucional pasó de considerar este requisito legal como claramente constitucional,⁹ a juzgar, muy recientemente, que es inconstitucional, con lo cual desecha una posible cosa juzgada material en el tema.¹⁰ (C-683/15). Esta sentencia, sin duda alguna es una de las recientes jurisprudencias de la Corte Constitucional que desprende un sinnúmero de críticas, en los últimos años, la cual terminó finalmente reconociendo una fundamentación de protección de igualdad que resulta de mayor debate social que la del reconocimiento del matrimonio igualitario para parejas del mismo sexo en nuestro país.¹¹

Cronológicamente, la H. Corte Constitucional fue proyectando a través de diferentes

pronunciamientos su posición doctrinal, que en cierto modo en el devenir del tiempo sus argumentos y sustentos fueron diferenciándose y marcándose distintamente en el tema de la adopción homosexual.

Del análisis jurisprudencial de dichos precedentes, se denota como la concepción tradicionalista se mantuvo en firme durante un lapso largo de tiempo, desde pronunciamientos opuestos de la adopción homosexual (Sentencia C-814 /01) a casos donde se obtuvieron triunfos materiales para la pareja homosexual, bajo los mismos postulados argumentativos y de fondo pero con excepciones que permiten la adopción (Sentencia T-276/12, SU-617/14 y C-071/15); sin embargo, se mantiene la regla general de la heterosexualidad obligatoria para la adopción de menores de edad. Por medio de estas sentencias se obtuvo la protección concreta del derecho invocado por los tutelantes en cada caso en particular y se confirmó la adopción, pero la Corte conserva una interpretación condicional y delimitada de la posibilidad de la adopción homosexual en estas decisiones. Pese a ello, entre debates y debates la Corte Constitucional logra realizar mixturas convincentes de interpretación, en un esfuerzo por encontrar salidas que beneficiaran a las personas del mismo sexo, sin desconocer claramente los derechos constitucionales y la protección preferente de los menores de edad siendo

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-814 de 2001. M.P. MONROY CABRA, M.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-683 de 2015 M.P. PALACIO PALACIO, J.

¹¹ La opinión pública en Colombia en general apunta más a apoyar el matrimonio igualitario que la adopción por parejas del mismo sexo. Según una encuesta realizada por la firma Cifras y Conceptos en 2013, el 88% de los colombianos no apoya la adopción por parte

de parejas del mismo sexo, mientras que el 78% no está de acuerdo con el matrimonio igualitario. En una encuesta realizada por la Universidad de la sabana en Bogotá se denota que el 70% de los habitantes de Bogotá está en contra de la adopción de parejas del mismo sexo y el 57% está en desacuerdo del matrimonio igualitario. Semana, “Matrimonio y adopción no caen bien en los bogotanos” 6 de noviembre de 201. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/encuesta-de-la-sabana-en-bogota-no-aceptan-adopcion-gay/408223-3>

los mayores afectados o beneficiados con este tipo de situaciones de transcendencia social.

Así pues, en el año 2015, se evidencia como la H. Corte Constitucional, sorprendentemente concluye proteger la adopción igualitaria en la sentencia C-683 del mismo año, de allí se observa el cambio doctrinal inesperado de aquellas sentencias donde pese a los resultados positivos para el adoptante homosexual se conserva un pensamiento restrictivo de este tema.

Por consiguiente, el primer caso prevalente, sobre adopción de un menor de edad por parte de una persona homosexual fue decidido por la Corte Constitucional en sentencia T-290/95, cuando un hombre homosexual cuidó de una bebé que los padres biológicos la abandonaron con apenas semanas de nacida en el lugar donde él trabajaba y luego de criarla durante dos años, solicitó al ICBF su adopción, declarando, además, su inclinación sexual, el ICBF inició el procedimiento administrativo para decidir sobre la adopción y verificó que las condiciones de vida del solicitante no eran adecuadas para el desarrollo integral de la niña.

El solicitante con el temor de que la niña le fuera quitada, decidió enviarla a la casa de su hermana mientras el mejoraba sus condiciones de vida. El ICBF aceptó el traslado de la niña, como medida de protección de sus derechos. En la tutela el accionante solicitó el amparo de su derecho a la igualdad porque en su opinión el ICBF no le concedía la adopción de la niña que él había cuidado en razón a su orientación homosexual. En la revisión del expediente la Corte Constitucional confirmó que el

accionante no agotó los recursos para debatir las decisiones del ICBF y declaró que las actuaciones de la entidad en este caso se habían ajustado a la Constitución y la ley. Al momento de analizar la presunta discriminación del tutelante por su orientación sexual, la Corte afirmó que las decisiones del ICBF se basaron en situaciones objetivas que prueban las malas condiciones de vida del accionante y que impiden garantizar el desarrollo de la menor de edad; la Corte Constitucional vuelve a utilizar el factor objetivo como razón excluyente de cualquier discriminación, puesto que las razones para alejar al actor de la menor no fue precisamente su orientación homosexual sino basado en argumentos “neutrales” y objetivos. En este caso en concreto la Corte no profundiza referente al tema discriminatorio por razones de orientación sexual. Por su parte, la primera demanda de inconstitucionalidad que buscó permitir la adopción de personas y parejas del mismo sexo fue decidida por la Corte en la Sentencia C-814 de 2001. En esta sentencia se decidió una demanda contra las normas que exigían una idoneidad “moral” de las personas que pretenden adoptar (art.89) y además la existencia, en caso de ser una pareja, de matrimonio o convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años entre “el hombre y la mujer” (art 90). En esta acción se argumentaba que las normas aludidas violaban la Constitución al exigir una “idoneidad moral”, ya que dicha característica no estaba acorde al espíritu “liberal y pluralista” de la Constitución de 1991. La Corte por su parte, en la sentencia desestimó los argumentos contra la idoneidad “moral” ya que en la jurisprudencia constitucional se ha permitido que la Ley haga referencia a estándares

morales, al entender que dichas referencias se hacen a la moral social o moral pública (en contraposición a una moral religiosa). Con esta premisa la Corte declaró la exequibilidad del artículo 89 del Código del menor, en cuanto a la discriminación de las parejas del mismo sexo, y comienza preponderando tal situación fáctica con el postulado constitucional contemplado en el artículo 42, pues en un criterio contextualista solo protege a la familia monogámica y heterosexual; el otro argumento de decisión, fue un poco más historicista el cual se basa en que la Asamblea Nacional Constituyente solo protege a las parejas que se unen por el vínculo del matrimonio.

Para el alto tribunal constitucional de permitirse la adopción por parte de parejas homosexuales, se plantearía una tensión entre el artículo 13, que prohíbe la distinción por razones de sexo y los artículos 42 que protege solo a la familia heterosexual y el 44, que garantiza el interés superior del menor; en decisión de la corte, se debe resolver en contra de las parejas homosexuales, ya que el interés superior del menor de edad inclina la ponderación a favor de la posibilidad que tiene dicho menor de formar parte de la familia protegida por la Constitución: la heterosexual y la monogámica. Sin embargo hubo Magistrados que consideraron que estos argumentos eran de índole discriminatorios. Eventualmente, durante los años 2014 y 2015 se consolidó fuertemente la doctrina constitucional vigente de la Corte Constitucional, pues se daría un giro parcial de la decisión adoptada en la precitada sentencia C-814 de 2001, para comenzar a aceptar, en casos hipotéticos la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo, en

sentencias SU-617 2014, C-171 de 2015 la corte aceptó la adopción de menores de edad por parte del compañero/a permanente del progenitor/a homosexual biológico. Esta situación fáctica fue la primera decisión en la que la Corte avaló la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

En la sentencia SU-617 de 2014, la Corte le da la razón a las accionantes (una pareja de madres en unión permanente de hecho) y por esa vía, termina reconociendo formalmente la primera adopción homobiparental del país en su historia jurídica y social. La sentencia fue recibida, en consecuencia, como un triunfo de gran impacto para el movimiento LGBT, pero de igual manera la Corte reitera parcialmente su vieja postura de la sentencia C-814 de 2001 y notoriamente evita abrir la puerta al reconocimiento de iure de la adopción homobiparental.

En la SU-617 de 2014, la Corte insistió que el debate de adopción por parte de parejas del mismo sexo debe girar en torno al interés superior del menor de edad y no sobre el derecho a la igualdad de los padres o madres homosexuales adoptantes. En esta sentencia la Corte decidió la tutela presentada por una pareja de mujeres lesbianas que quiso tener un hijo por medio de inseminación artificial heteróloga. Esta pareja suscribió un contrato en Alemania para que una de las dos mujeres quedara embarazada por medio de reproducción asistida. En el contrato se especificó que el donante, quien era reconocido por las dos mujeres, no tendría interés en su relación con el menor que estaba por nacer y que por tanto no se solicitaría la declaración de paternidad del

padre biológico. También se aclaró que, en lugar del donante, la segunda relación de filiación estaría a cargo de la pareja de la madre biológica de la menor. En el año 2009 luego del nacimiento de la menor, se solicitó la adopción de la recién nacida por parte de la compañera permanente de la madre biológica. La Defensora de Familia declaró improcedente la solicitud y argumentó que la Ley no permite la adopción de parejas el mismo sexo.¹²

En su posición defendió, que aunque el Código de la Infancia y la Adolescencia no exige heterosexualidad para la adopción monoparental en menores de edad, el artículo 68 de dicho Código se debe interpretar en el marco de la Constitución que reconoce como familia solo a la pareja heterosexual, máxime que el precedente de la adopción por parte de parejas del mismo sexo lo impide; ante esta negativa las dos mujeres presentaron acción de tutela contra el ICBF para que el Juez Constitucional ordenará la declaración del vínculo filial entre la menor y la compañera permanente de su madre biológica. Lo anterior bajo el sustento que la decisión de la defensora de familia trasgredía sus derechos al debido proceso, la igualdad y desarrollo libre de la personalidad de la pareja, el interés superior de la recién nacida, entre otros postulados constitucionales. En las dos instancias en las que se analizó el caso, la decisión fue ordenar al ICBF la continuación del trámite de adopción con la prevención de que se abstuvieran de discriminar la pareja adoptante en razón de su orientación sexual. Posteriormente en sede de revisión, la Corte Constitucional estudio el expediente y

confirmó el sentido de la decisión, pero conservó la doctrina que sobre la adopción monoparental mantenía desde las sentencias de 1995 y 2001.

Según el alto tribunal constitucional, en la reseñada jurisprudencia era necesario realizar una diferenciación empírica que permitiera hacer una distinción razonable entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales en materia de adopción, puesto que no toda diferenciación entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales genera necesariamente discriminación y violación del derecho a la igualdad.

La adopción, según la Corte, es una institución que tiene como objeto suplir las relaciones de filiación que tienen origen en los vínculos naturales de la progenitura y que esencialmente se establecen con un hombre y una mujer; sin embargo, si este es el propósito de la adopción, entonces si es relevante la diferencia entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo. Con este análisis la Corte afirmó que en el presente caso no se había discriminado ni violado ningún derecho de la pareja de mujeres que buscaban constituir una familia con la menor.

Empero, pese a que los anteriores argumentos desestimaban las pretensiones de los accionantes, reitera posteriormente que:

<sin perjuicio de lo anterior, la Corte encuentra que se pueden comprometer los derechos constitucionales de los niños, cuando el Estado se abstiene de

¹² Ibídem, P. 192

reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, solidad y estables, entre niños que tiene una única filiación, y los compañeros permanentes del mismo sexo de su progenitor, con el que este último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor. En estas hipótesis en la que de hecho se han conformado este tipo de lazos, con el consentimiento del padre o madre biológico, que redundan en beneficio del menor, la falta de reconocimiento jurídico de tal vínculo se traduce en un déficit de protección del niño que amenaza el goce efectivo de sus derechos>¹³

En este punto, la Corte recuerda que la constitución defiende la auto-configuración de la familia por lo que una persona puede decidir libremente a quien permite la inserción en su círculo familiar. Este respeto por la libertad en el ámbito familiar impide al Estado limitar la posibilidad de que una persona no pretenda crear lazos afectivos y familiares entre su hijo biológico y su pareja homosexual. Al contrario el Estado debe propender por el fortalecimiento de dichos lazos.

La corte concluye que en la hipótesis planteada, en la que se deriva de una circunstancias de afiliación única <la conformación de una unión permanente del padre o la madre y un tercero del mismo sexo, la inserción de este en el núcleo familiar, y la conformación de un vínculo afectivo y de solidaridad entre este último y el menor, en que aquel comparte la crianza, el cuidado y la manutención del niño, y en el que asume el compromiso de hacerlo de

manera indefinida e incondicional, la denegación de la adopción con fundamento en el carácter homosexual de la pareja, implica un déficit de protección del menor que amenaza gravemente sus derechos>

En este párrafo, se infiere la ratio decidendi limitada que la Corte quería desarrollar para permitir en casos excepcionales, que una pareja homosexual pueda tener una relación biparental con el hijo/a biológico/a de uno de sus integrantes. Se desprende que la protección constitucional estuvo encaminada a proteger más que la igualdad entre las parejas del mismo sexo, el vínculo filial existente para evitar un perjuicio a la menor. Providencia que a su vez estuvo sujeta a salvamentos de votos, como las de los Magistrados, Mendoza, Pretelt y Sachica; para estos Magistrados el concepto de adopción usado por la mayoría de la Corte es errado, ya que la adopción es un derecho a favor de los adoptantes, como una medida de protección estatal.

Esto implica que no se deben analizar estos casos en torno a las acusaciones de discriminación en contra de las parejas del mismo sexo, sino que todo el debate debe girar sobre el interés superior del menor. Afirmaron de igual manera que si bien la C-577 de 2011 reconoció que las parejas del mismo sexo constituyen familia, dicho reconocimiento solo es dentro del ámbito privado de la constitución de pareja y relaciones sentimentales. Sumado lo anterior, a un argumento que se ventila en cada una de la jurisprudencia que versa sobre estos asuntos, pues los Magistrados defienden que el espacio de discusión del

¹³ Acápite 6.6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-617 de 2014, MP Guerrero, Guillermo.

debate de adopción por parte de parejas del mismo sexo es el Congreso de la República y no la Corte Constitucional, el Congreso, en opinión de los disidentes, por ser el foro democrático donde los distintos intereses sociales se ven representados, por tanto es el sitio ideal para llevar a cabo este debate.

Al poco tiempo, en la sentencia C-071 de 2015 la Corte constitucional se ve en la necesidad de hacer un nuevo análisis, pero esta vez de diversas posibilidades de adopción homobiparental en Colombia, en esta Litis Constitucional el actor toma algunos apartes de los artículos 64, 66 y 68 del CIA, del artículo 1º de la ley 54 de 1990, en la que aduce que la misma posibilita tanto la adopción conjunta como la complementaria, por tanto las normas permiten que cónyuges y compañeros permanentes, sin especificación de la composición sexo-genérica de estas parejas, puedan acceder a estas dos formas de adopción.

El actor afirma que la expresión compañero permanente que utiliza el CIA es exclusivamente interpretada en Colombia como la pareja de hombre y mujer, a la luz de nuestra vieja conocida Ley 54 de 1990 y de cierta lectura del artículo 42 Constitucional. Cuando ello ocurre así, el efecto es que solo parejas heterosexuales pueden acceder a la adopción conjunta o a la complementaria.

Según el actor, este contexto normativo genera un régimen de adopción en Colombia exclusivo para parejas heterosexuales que viola, por tanto, el trato igualitario garantizado a todos por la Constitución y que la Corte ya ha expuesto y desarrollado en su línea jurisprudencial; así pues, la demanda formula cargos por violación del principio de

igualdad y del derecho de las parejas del mismo sexo a formar familia que se concretan en una omisión por parte del Legislador al no extender el concepto de compañero permanente a parejas del mismo sexo en las normas sobre adopción.

En las consideraciones, la Corte en la sentencia parte de la diferencia entre los Magistrados y decide según el tipo de adopción. En primer lugar, cuando se trata de adopción conjunta, la Corte reitera la argumentación conservadora que proviene de la sentencia C-814 de 2001 reafirmada recientemente en la SU-617 de 2014. Para la Corte la interpretación de “obligatoria heterosexualidad del numeral 3º del artículo 68 del CIA no desconoce la prohibición de discriminación por orientación sexual derivada del artículo 13 constitucional. La sentencia C-577 de 2011 extendió el concepto de familia a parejas homosexuales, pero dicha extensión no implica que la pareja homosexual sea reconocida como familia para todos los efectos legales. Sin embargo la Corte da un giro de 180 grados y no continúa por este mismo camino al considerar la adopción complementaria o por consentimiento (núm. 5 del artículo 64 y artículo 66 y núm. 5 del art 68 de la L.1098/06). Puesto que la Corte afirma que el cuidado y los derechos de los menores pueden resultar comprometidos si el Estado no reconoce las relaciones familiares entre niños de única filiación y el compañero permanente homosexual del progenitor, apuntando a un denominado conservadurismo constitucional, que reemplaza el juicio negativo hacia la homosexualidad y pretende construir una base moralmente neutra para justificar el régimen de la adopción.

En consecuencia, esta posición jurisprudencial devino en un notable cambio con la sentencia C-683 del 2015, una decisión que indiscutiblemente, generó un debate público de gran discusión en el país, en esta sentencia la Corte permite la adopción biparental, en todas las hipótesis no simplemente en caso concretos, por parte de parejas del mismo sexo; esta decisión se obtuvo, en virtud de varias sentencias, entre un bloque de Magistrados a favor de la plena adopción igualitaria y otro bloque con un argumento que solicitaba diferencia al Legislador en temas controversiales de política pública.

En esta nueva e importante decisión, la Corte resolvió una nueva demanda contra apartes de las normas del CIA sobre la adopción y contra el artículo 1° de la Ley 54 de 1990, la demanda se encaminó a estudiar el cargo referente a la cuestión del interés superior del menor.

El análisis se basó en la premisa de que los estudios científicos han demostrado de forma dominante que no se afecta el desarrollo integral del menor cuando se permite su adopción por parte de parejas del mismo sexo, además para la Corte Constitucional los materiales normativos contemporáneos se confirman entre sí para dar cabida a esta posibilidad.

Por tanto, impedir que un niño tenga una familia adoptante solamente por la orientación sexual de la pareja que solicita la adopción representa un restricción inaceptable de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de su interés superior protegido, aunado la Corte reitera la

discusión existente de separación de poderes con el Legislador, pues afirmó su competencia, según el artículo 241 de la Constitución, para permitir la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo en escenario abstracto de control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las normas demandadas bajo el entendido de que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo. Esa exequibilidad condicionada genera condiciones igualitarias y neutrales para que las parejas del mismo sexo puedan acceder a todos los tipos de adopción sea esta conjunta, complementaria, o consecutiva.

Finaliza enfatizando que este acceso igualitario a la institución no obsta para que el Estado realice una verificación profunda del cumplimiento de todos los demás requisitos que garanticen a los menores de edad su bienestar en el seno de la familia adoptante. Con esta precisión se refiere que se trata, para las parejas del mismo sexo, de un derecho de acceso institucional en condiciones de igualdad y no perse de un derecho de filiación, al paternaje o maternaje.

IV. ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS DEL MISMO SEXO FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD Y LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DE LA FAMILIA.

El breve epitome a florado en líneas anteriores, demuestra claramente como se ha venido consolidando en el Estado Social de Derecho una “pluralidad” de modelos familiares no solamente las formadas por el

vínculo matrimonial entre parejas heterosexuales, sino también las formadas en unión libre, constituidas por personas del mismo género. La H. Corte Constitucional ha referido tal importancia concerniente a los derechos sociales reconocidos, pues para preservar la especial protección a la familia, el libre desarrollo de la personalidad, y la igualdad de género, la acción de tutela y las acciones de constitucionalidad se han convertido en espacios de debate frente a estos temas de gran golpe social, como lo es en este caso la adopción por parte de parejas del mismo sexo. En este sentido ha desarrollado a través de la conexidad, cuyo origen es puramente jurisprudencial y gracias a su trascendencia, la protección de derechos sociales protegidos por la vía de acción de tutela y la toma de decisiones vinculantes en estos asuntos.

Del precedente jurisprudencial reseñado, se denota que la Corte Constitucional fue cambiando la vieja data de las uniones familiares, para acoplarlas a diferentes situaciones fácticas que se generaban entre personas homosexuales que recurren al amparo constitucional para conformar legalmente una familia en el que se incluyan a los hijos.

Así pues, nos encontramos frente a dos tesis enfrentadas que finalmente generó un vuelco en favor de las personas homosexuales, por un lado, el criterio que abanderó distintas jurisprudencias el cual consistió en que el debate de adopción por parte de parejas del mismo sexo debe girar en torno al interés superior del menor de edad y no sobre el derecho a la igualdad de los padres o madres homosexuales adoptantes, permitiéndose su procedencia

para casos concretos en los que se evidenciaban presuntas vulneraciones tanto del progenitor como del menor de edad en razón a vínculos filiales. Y por el otro lado, la hipótesis basada en que impedir que un menor de edad tenga una familia adoptante solamente por la orientación sexual de la pareja que solicita la adopción representa un restricción inaceptable de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de su interés superior protegido, permitiendo la adopción biparental en todas las hipótesis por parte de las parejas del mismo sexo, tomando los estudios científicos como muestra de forma dominante que no se afecta el desarrollo integral del menor de edad cuando se permite su adopción por parte de parejas del mismo sexo.

Claramente son puntos de vistas debatidos en esferas fácticas distintas y bajo criterios, unos más moralistas que otros, empero si hay algo que no puede perderse de vista en estas hipótesis tan controversiales, tal como se ha venido reiterando a lo largo del presente artículo, es justamente el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, que engloba estas situaciones, pues ellos, por las condiciones de vulnerabilidad en las que a menudo se encuentran, han hecho que jurídicamente se valore como sujetos de especial protección por parte de la Familia, la Sociedad y el Estado.

Se evidencia entonces, que si bien es cierto el principio del interés superior de los menores de edad se hace alusión en la jurisprudencia, se encuentra que el alto tribunal constitucional asume en últimas como relevancia constitucional, que la orientación diversa u homosexual, no es, ni

jurídicamente, ni científicamente considerada como un riesgo para ellos.

De cara a los planteamientos precedentemente consignados, a modo de reflexión, se demuestra una mutación jurisprudencial un poco acelerada en tan corto tiempo, puesto que de modificar bajo criterios meramente doctrinales la ratio decidendi de diversas sentencias en donde se resaltaba que existe una diferencia empírica que permite hacer una distinción razonable entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales en materia de adopción, pues consistía en un análisis gradual caso a caso, bajo el sustento precitado de que no toda diferenciación entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales generaba necesariamente discriminación y violación del derecho a la igualdad, a pasar considerablemente a aceptar abiertamente la adopción por parejas del mismo sexo, demuestra que si bien es un paso que indiscutiblemente protege derechos fundamentales concernientes a la orientación social, pero que necesariamente requiere evaluaciones rigurosas en los efectos que generaría en la sociedad.

La finalidad de la institución de la adopción consiste básicamente en suplir las relaciones de filiación de un menor de edad que las ha perdido o que nunca las ha tenido y que, por lo mismo, se encuentra en condición jurídica de adoptabilidad, esto es, en situación de ser integrado a un nuevo entorno familiar. Pero no a cualquier familia, sino a aquella en la que, en tanto sea posible, se restablezcan los lazos rotos y, sobre todo, se brinde al menor

las condiciones para su plena y adecuada formación.¹⁴

Así, los procesos de adopción están principalmente orientados a garantizar a los menores de edad en situación de abandono una familia en la que puedan asegurar un desarrollo integral y armónico, condición de posibilidad para hacer efectivos otros derechos fundamentales de ahí que la adopción se haya definido “como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia”.

¿Pero a qué tipo de familia el Estado debe brindar protección constitucional al menor de edad?

Si bien la Corte Constitucional considera como respuesta al anterior interrogante que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia se puede materializar en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política, bien sea en aquellas formadas por vínculos jurídicos, en las que surgen de vínculos naturales o en las que se estructuran alrededor de la voluntad responsable de sus integrantes (art. 42, C.P.).¹⁵ Postura expresamente reiterada en las Sentencias T-397 de 2004, T-466 de 2006, C-577 de 2011 y T-606 de 2013. Vínculos que pueden ser naturales o jurídicos, por matrimonio o por la voluntad responsable de conformar un hogar, una de cuyas modalidades es la familia conformada por parejas del mismo sexo, reconocida en la jurisprudencia constitucional a partir de la Sentencia C-577 de 2011, a cuyas consideraciones la Sala hace remisión directa.

¹⁴ Véase Sentencia 071 de 2015.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-292 de 2004. MP CEPEDA ESPINOSA, M

No es menos cierto, que en base al propósito de la adopción, y desde el punto del interés superior de los niños niñas y adolescentes, no en criterios meramente evaluativos en torno a los derechos de las parejas del mismo sexo, es relevante la diferencia existente entre parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo, pues el solo supuesto de que los vínculos que se pretendan suplir provengan biológicamente de un hombre y una mujer admite una diferencia notable entre parejas heterosexuales y homosexuales sobre la deseabilidad y conveniencia de la adopción, tal como en sentadas jurisprudencias la H. Corte Constitucional había reiterado.

Sin embargo coexisten, casos específicos y muy puntuales en los cuales ostensiblemente se pueden comprometer derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, donde el Estado debe reconocer jurídicamente dichas relaciones de afecto, solidaridad y estabilidad, entre los menores de edad, que por ejemplo tienen una única filiación, o los compañeros permanentes del mismo sexo de su progenitor que están encargados de la manutención y crianza del menor, casos en los que se debe respetar la auto configuración de la familia y eventualmente protegerse dichos lazos filiales a través de una posible adopción para estos casos en particular.

Y no por el contrario un reconocimiento homobiparental abierto a esta institución, pues se requiere en estos temas de contexto social tan marcados, una decisión de forma gradual a través de estudios prácticos, sociológicos y psicológicos de su ejecución en el país, pues una sola decisión sin la evaluación idónea para su implementación

en la sociedad puede conllevar consecuencias negativas en la comunidad.

El Estado pues, no puede solamente regular la configuración de este nuevo tipo de familias, sino que debe procurar reconocer jurídicamente las relaciones creadas por efecto volitivo entre una persona homosexual y el hijo/biológico de su compañero, ya que es de gran trascendencia que estos asuntos de relevancia constitucional deban ser evaluados en cada caso particular; sin embargo, si bien es cierto son varios los ámbitos jurídicos que sin el reconocimiento debido, dejarían en estado de desprotección a los menores de edad, convergen otra hipótesis en que el interés superior de ellos no puede ser utilizado para definir la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos.

En consonancia a lo reiterado por la CIDH en uno de sus casos, una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del menor de edad no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas, niños y adolescentes. La Corte IDH explicó que el principio del interés superior del menor de edad, regulador de los derechos de las niñas y los niños, “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características

propias de ellos, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.

Expuso que la determinación del interés superior del menor de edad, en los casos de cuidado y custodia, “se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia, pues lo realmente importante son las condiciones e idoneidad y de garantizarle al menor lo necesario para un buen desarrollo y crecimiento en todas las esferas y etapas propicias de su vida¹⁶. Correlativamente, nos encontramos frente al postulado de pertenecer a una familia “tradicional” de la cual su amplia concepción en la actualidad es revaluada en virtud del amplio margen pluralista en que se enmarca la noción de familia, sin que sea estereotipada la familia de la cual su libertad de configuración deviene en protección de raigambre constitucional.

Si bien la sentencia C-577 de 2011 reconoció que las parejas del mismo sexo constituyen familia, aduce esta jurisprudencia que dicho reconocimiento solo es dentro del ámbito privado de la constitución de pareja y

relaciones sentimentales. No un reconocimiento público, situación y alcance doctrinal que no devino en un estudio constitucional más profundo en las más recientes sentencias de la H. Corte Constitucional.

Tras las últimas decisiones se tropezaron a lo largo de esta discusión, diversas posiciones divididas que giran respetando los parámetros conservadores que envuelven este tipo de controversias, así pues, en el otro extremo de los posicionamientos netamente ideológicos y de orden legal, en sentencia SU-617 de 2014, el Magistrado Pretelt, a través de su salvamento parcial de voto, manifestó que el análisis de la Corte solamente debe ocuparse del “interés superior del menor” y no del presunto déficit de protección de las familias homosexuales. Por otro lado el Magistrado Guerrero aclaró su voto y defendió que este debate exclusivamente versa sobre el interés superior de los menores de edad y no sobre un presunto, pero inexistente, derecho a la igualdad de trato para las parejas homosexuales. Este argumento fue punto relevante en torno a la posición conservadora en virtud de que en este punto en concreto posesiona a la adopción como una institución para personas heterosexuales constitucionalmente; para este Magistrado, la diferenciación legal legítima que surge entre los dos tipos de pareja: <se deriva, no de una diferenciación en razón de la orientación sexual, sino de su distinta composición a la luz de la expectativa de los menores de 18 años de

¹⁶ Consideración 109. Cfr., *inter alia*, en Australia: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle*, (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (“el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño”); en las Filipinas: Corte Suprema de las Filipinas, *Joycelyn Pablo-Gualberto v. Crisanto*

Rafaelito Gualberto, G.R. No. 156254 de 28 de junio de 2005, señalando que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores (“sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence.”)

integrarse a un hogar que pueda suplir los lazos de filiación que se han perdido y que se dan entre los hijos y un padre o una madre o ambos>, en este aspecto para el Doctor Guerrero, <el interrogante constitucionalmente relevante no reside en la aptitud de las parejas del mismo sexo para brindar cuidado a un menor de edad, sino en sí, desde la perspectiva de los niños, niñas o adolescentes, resulta indiferente y satisface en igual medida su expectativa a integrarse a una familia, la composición heterosexual u homosexual de la pareja que pretende la adopción>.

El Magistrado Guerrero fue muy contundente en su salvamento de voto, aduciendo que el problema no está precisamente en la capacidad, aptitud o deseo de las parejas homosexuales para adoptar, sino en la expectativa que tendrían en su opinión los niños de encuadrar su vida en una pareja homosexual, ponderando la constitucionalidad de los tipos de familia de cara a los derechos fundamentales que se discuten en la comunidad homosexual. Esta posición nos muestra el sesgo jurídico¹⁷ que puede llegar a ocasionar esta clase de debate.

En la sentencia turbulenta del tema, C-683 de 2015, no estando lejos de la anterior premisa, nuevamente los Magistrados Guerrero Pérez y Mendoza Martelo, salvan el voto bajo el sustento: <que si el dilema constitucional que se planteaba a la Corte, era el de definir si excluir del régimen legal de adopción a las parejas del mismo sexo desconocía el principio del interés superior

del menor, representado en su derecho a tener una familia, precisamente, para permitir esa posibilidad se requería de una decisión del legislador, en la medida en que no existe un imperativo constitucional, en este sentido, una absoluta igualdad de las parejas del mismo sexo frente a la dualidad de roles de la maternidad y la paternidad>. A su juicio, no se trataba de discutir en torno a la idoneidad de esas parejas para adoptar un hijo, sino de que esa diferencia es relevante desde la perspectiva del interés superior del menor abandonado o que ha perdido sus padres, en ser adoptado por un padre y una madre, cuando los adoptantes son una pareja. Indicó que la Corte no puede partir de una premisa de igualdad absoluta entre las parejas frente a la institución de la adopción.

Máxime, invocan que si bien se había apreciado que el nuevo concepto jurisprudencial de familia contenido en la sentencia C-577 de 2011 no implica una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales y muchos menos para la adopción, resalta que la Corte había llamado la atención acerca de que en los 19 países del análisis de derecho comparado en la jurisprudencia que han permitido la adopción por parejas del mismo sexo, en la mayoría de ellos, ha sido una decisión del órgano de representación popular. Así pues tenemos cuestionamientos y un sinnúmero de posibilidades para encontrar la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes VS el reconocimiento y la eliminación de las presunciones discriminatorias en los homosexuales que

¹⁷ BARROS CANTILLO, Nelson. El Sesgo Jurídico. Advocatus. Edición Especial No. 14. 2010, Universidad Libre Seccional Barranquilla.

buscan encontrar el sustento constitucional en la facticidad puesta de presente.

Lo cierto es que continúan la multiplicidad de interrogantes que valdrían la pena cuestionar frente a la idoneidad radical de un tema tan delicado como es la adopción y en donde convergen derechos fundamentales de los menores de edad que a ciencias ciertas priman como sujetos de especial protección constitucional, por tanto: ¿Realmente se encuentra la sociedad Colombiana preparada éticamente, académicamente, y desde el punto de vista sociológico para enfrentarse abiertamente a la justificación moral y los parámetros sociales que coexisten en la adopción por parte de parejas del mismo sexo?.

Respuestas que deben analizarse a través de postulados que indubitablemente comprendan lo que mejor representa para la calidad de vida del menor de edad y su aspecto psicológico en la sociedad, en consecuencia lo realmente importante son los contextos idóneos de garantizarle a los niños, niñas y adolescentes lo que requieren para un desarrollo vital, máxime para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión) sumado a la obligación estatal de brindarle la adecuada protección ante riesgos previsibles. Resaltándose en este caso, ese derecho al amor, que implica

mucha dedicación y que ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial.¹⁸

CONCLUSIONES

Con base a los postulados jurisprudenciales y argumentativos precedentes, desde diferentes puntos de vistas en contexto se pueden extraer algunas conclusiones relevantes, la primera apunta al cambio jurisprudencial en tan precario tiempo de argumentos que confirmaban la posición de la Corte Constitucional en variados precedentes constitucionales frente a la adopción homobiparental como un requisito de la heterosexualidad para acceder a ella, a pasar en una única sentencia (C-683/15), que sin desvirtuar el arduo trabajo doctrinal, jurídico y de derecho comparado esbozado por el alto tribunal, avanza rápidamente a reconocer constitucionalmente el acceso abierto e igualitario a la adopción entre parejas del mismo sexo.

Lo antepuesto, debió profundizarse materialmente y de fondo a ciencias ciertas, los argumentos de discusión sobre todo lo que respecta al interés superior del menor de edad, a través de justificaciones responsables en la práctica, esto es, con base en estudios de campo que determinarían la viabilidad y la preparación responsable del país y de sus instituciones estatales en la aplicación y manejo de instituciones importantes como lo es la adopción por parte de parejas del mismo sexo, pues constituye una práctica nueva que se enfrenta a la justificación jurídica y moral actual.

¹⁸HERNANDEZ CAAMAÑO, Gaspar. Tutela por Amor: Derecho de la Niñez colombiana. Advocatus. Edición

Especial No. 14. 2010, Universidad Libre Seccional Barranquilla

Así pues, si bien es cierto a la luz del derecho comparado se ha avalado la adopción homobiparental en la legislación abierta y libremente, su decisión definitiva ha requerido la intervención del pueblo como constituyente primario y del legislador como órgano legítimo para debatir y decidir, amparado por el control de constitucionalidad, sin perjuicio de las funciones de orden constitucional asignadas al tribunal constitucional para regular y proteger lo referente a los derechos de grupos vulnerables, en especial cuando se trata de niños abandonados. Empero, sí, es claro la gran situación de desamparo que se evidencia y la variedad de niños, niñas y adolescentes abandonados y a cargo del ICBF que necesitan una familia que les proporcione las mejores condiciones de vida óptimas para desarrollarse en la sociedad y contribuir a mejorarla.

Pero también es indiscutible que al ser sujetos de especial protección constitucional, el estudio y efectos de este tipo de cambios jurisprudenciales tan contrastados requieran necesariamente un estudio técnico y normativo más profundo, no solo estadístico y cuantitativamente, si no también erudiciones de tipo psicológicos y sociológicos, que apunten resultados concretos subjetivos del menor, que permitan orientar lo que es mejor en la práctica social para el desarrollo armónico e integral de los niños, regulado en un acompañamiento permanente interdisciplinar, pues si bien estos se encuentran en una situación de vulnerabilidad y con una alta capacidad de acostumbrarse a estilos de vida donde le brindan un afecto y desarrollo personal, no es menos cierto que pueden derivarse

traumas y sentimientos adversos al contrastar la situación disímil en la que se encuentran viviendo, enmarcados en una de las hipótesis reseñadas, con lo que habitual y naturalmente vislumbran en su contexto social exterior.

No se puede descender esta cuestión tan controversial, solamente desde perspectivas igualitarias y la condición sexual del adoptante, pues es menester la consolidación de exámenes inexorables de idoneidad en el procedimiento legal de la adopción cuyo eje central y enfoque gire ineludiblemente al principio del interés superior del menor de tono a una estructura de familia constitucionalmente reconocida, que soslaye el mínimo riesgo para los menores, sin emitir juicios negativos hacia las parejas homosexuales en torno a su expectativa y capacidad de suministrarles a un niño, niña o adolescente la protección y el afecto, que en su edad tan corta como se mencionó, eventualmente para dichos menores de edad verse de una forma neutral.

Entre otros puntos relevantes, otro de los interrogantes que surgen apuntan a que ¿Dónde queda la intervención y manifestación del pueblo como constituyente primario, en contrapeso al carácter vinculante que se deriva del reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo, vía jurisprudencial? Ante este interrogante es claro que en Colombia nos encontramos ante posturas en doble vía, desde posturas conservadoras hasta las más liberales respecto al debate jurídico reseñado. Durante el transcurrir de estos años de debates, las encuestas apuntaban al desacuerdo de la mayoría de la población Colombiana, más del 75% de los encuestados

no aprobaron la adopción de niños/as por parte de parejas del mismo sexo.¹⁹ En el 2015 la encuesta de Ipsos se realizó a 1.335 personas de todo el país, mayores de 18 años procedentes de todos los niveles socioeconómicos que, a través de entrevistas presenciales y telefónicas, configuran una muestra representativa del 67 % de la población urbana adulta, con un margen de error total para la muestra de 2,7 %. La cual se recibió el rechazo del 73 % de los encuestados.²⁰

En corolario, estos fallos, evidencian un aumento de la intervención judicial en decisiones de gran disputa jurídica y social, empero, indican la necesidad en mayor medida de la pesquisa de confrontar una pronta solución y regulación de orden legal con la participación de todos los ciudadanos popularmente, a fin de que se disminuya en el Estado Colombiano, la incertidumbre jurídica, llamados a suplir el déficit de protección legal que se presentan en cuanto a la protección constitucional, en especial el de las parejas de personas del mismo sexo, y su reconocimiento constitucional como familia.

Es innegable la intervención que se necesita en cierto grado que comprenda una verdadera y eficaz deliberación parlamentaria, foco de debate en estricto cumplimiento del término que se le exhorta para su intervención por vía jurisprudencial.

Y necesario el planteamiento de investigaciones técnicas y monitoreos que profundicen acerca del impacto que

presentan los argumentos jurídicos y doctrinales preestablecidos en esta última postura jurisprudencial, en la Sociedad Colombiana de cara a las funciones y aplicabilidad de esta, por las autoridades administrativas y judiciales del Estado Colombiano.

En resumidas cuentas, tenemos que ser conscientes de las mutaciones surgidas en los tipos familia constitucionalmente reconocidas, a través de una mentalidad abierta, a estar dispuestos a contribuir en la promoción de los derechos fundamentales de una población que busca el reconocimiento al libre desarrollo de la personalidad y la igualdad en virtud de su pensamiento retrogrado de ser rechazados bajo perspectivas moralistas en el diario vivir, a través de una mirada crítica, sin dejar a un lado la ponderación de los derechos fundamentales y las mejores condiciones que la nación pueda otorgar a los sujetos de especial protección, en específico los menores de edad.

“No siempre podemos construir el futuro de nuestra juventud, pero podemos construir nuestros jóvenes para el futuro” Franklin D. Roosevelt

¹⁹ Encuesta de la firma Cifras y Conceptos, realizada para Caracol Radio, Mayo de 2013.

²⁰ Cifras recuperadas de: <https://noticias.terra.com.co/colombia/el-73-de-los-colombianos-se-opone-a-la-adopcion-por-parte-de->

parejas-gais.78262ea5cc91d410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Araujo Rentería, J (27 de enero 2009) *Auto 029 de 2009. ACLARACION DE SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD* Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A029-09.htm>.

Cepeda Espinosa, J. (25 de marzo de 2004) *Sentencia T-292/2004 INTERES SUPERIOR DEL MENOR DESARROLLO INTEGRAL DEL MENOR* Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-292-04.htm>.

Congreso de la Republica de Colombia. (08 de Noviembre de 2006), Ley 1098 de 2011 art. 68 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia Recuperado de <http://www.ins.gov.co/normatividad/Leyes/LEY%201098%20DE%202006.pdf>.

Congreso de la Republica de Colombia. (26 de Mayo de 1873), Ley 57 de 1887 Por medio del cual se declara incorporado el Código Civil Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>.

Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

El tiempo (04 de Mayo de 2015) El 73 % de los colombianos se opone a la adopción de parejas gays. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/encuesta-ipsos-napoleon-franco->

[colombianos-se-opone-a-la-adopcion-de-parejas-gais/15682575](http://www.eltiempo.com/politica/justicia/encuesta-ipsos-napoleon-franco-colombianos-se-opone-a-la-adopcion-de-parejas-gais/15682575)

Guerrero Pérez, L (28 de agosto de 2014) *Sentencia C-617/2014. ADOPCION ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO* Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>.

Gaviria Díaz, C. (05 de Julio de 1995) *Sentencia T-290/1995 DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA HOMOSEXUAL* Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-290-95.htm>

Guaña Barrios, K (30 de mayo de 2013) *Exclusión social* Recuperado de <http://grupoexclusion.blogspot.com.co/2013/05/historia-homosexual-y-familias.html>
López Medina, D (2016) como se construyen derechos Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual. Bogotá: Legis Editores. S.A. p.244.

Mendoza Martelo, G (21 de julio de 2011) *Sentencia T-577/2011. MATRIMONIO HOMOSEXUALIDAD* Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>

Monroy Cabra, M (02 de agosto de 2001) *Sentencia C-814/2001 ADOPCION INTERES SUPERIOR DEL MENOR* Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-814-01.htm>

Palacio Palacio, J (04 de noviembre de 2015)
Sentencia C-683/2015. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ADOPCION POR PAREJAS DEL MISMO SEXO Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm>

Palacio Palacio, J. (18 de febrero de 2015)
Sentencia T-071/2015. ACCION DE TUTELA Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>.

Pretelt Chaljub, J (07 de mayo de 2013)
Sentencia C-258/2013. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-258-13.htm>.

Pretelt Chaljub, J (11 de abril del 2012)
Sentencia C- 276/2012. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Bogotá: Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>.

RRJ Barros. (2016). naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. *Advocatus*, 21, 143-172.

Revista Semana. (06 de noviembre de 2014)
“Matrimonio y adopción no caen bien en los bogotanos” Bogotá: Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/encuesta-de-la-sabana-en-bogota-no-aceptan-adopcion-gay/408223-3>