

**ADOPCIÓN DE FAMILIAS HOMOPARENTALES DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO CIVIL Y DE FAMILIA EN COLOMBIA 2005-2015**

PRESENTADO POR:

**YULIETH MELISA MONTES ALARCÓN - 41121297
CHRISTIAN DAVID RODRÍGUEZ PULIDO - 41121018
TATIANA YAYA CAICEDO - 41121192**



**CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURIDICAS
BOGOTA D.C.
2016**

**ADOPCIÓN DE FAMILIAS HOMOPARENTALES DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO CIVIL Y DE FAMILIA EN COLOMBIA 2005-2015**

**YULIETH MELISA MONTES ALARCÓN - 41121297
CHRISTIAN DAVID RODRÍGUEZ PULIDO - 41121018
TATIANA YAYA CAICEDO - 41121192**

Monografía de Grado para optar al Título de Abogado.

Dr. HARVEY ALFONSO RODRIGUEZ TORRES
Docente Asesor



**CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURIDICAS
BOGOTA D.C.
2016**

Nota de aceptación: _____

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

AUTORIDADES ACADEMICAS

Fundador	General Benjamín Herrera
Ideólogos	General Rafael Uribe Uribe Jorge Eliecer Gaitán Ayala
Presidente Nacional	Dr. Jorge Orlando Alarcón Niño
Vicepresidente Nacional	Dr. Jorge Gaviria Liévano
Censor Nacional:	Dr. Antonio José Lizarazo
Rector Nacional	Dr. Fernando Dejanón Rodríguez
Rector Seccional	Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora
Secretario General	Dr. Floro Hermes de San José Gómez
Decano	Dr. Carlos Arturo Hernández
Coordinadora Facultad de Derecho – Sede Bosque	Dra. Libia Patricia Pérez Quimbaya
Secretario Académico	Dr. Álvaro Aljure Moreno
Director Centro de Investigaciones	Dr. Helvert Ramos Nocua

Dedicatoria

A nuestros Familiares.

*Gracias a ustedes, gracias a nuestros padres,
Madres, hermanos y demás familiares
Que dispusieron jornadas enteras de acompañamiento
Para que esta monografía
Fuera posible.*

Agradecimientos

A nuestros maestros.

*Gracias a nuestros docentes,
Asesores y revisores
Por separar espacios de sus días
Para dedicarle a la lectura y análisis
De nuestros planteamientos.*

*Gracias, por su apoyo, motivación
Y líneas de estudio sugeridas.
Sin su conocimiento y guía
Esta investigación no hubiese sido posible.*

TABLA DE CONTENIDO

Capítulo I – Preámbulo de la Investigación	1
1. Introducción	1
2. Resumen.....	2
3. Objetivos	3
3.1. Objetivo General:.....	3
3.2. Objetivos Específicos:	3
4. Resultados Esperados	4
5. Justificación	4
Capítulo II – Marco Legal	6
6. Sentencia C-098 de 1996:.....	8
7. Sentencia C-814 de 2001.....	8
8. Sentencia C-811 de 2007.....	9
9. Sentencia C-802 de 2009.....	10
10. Sentencia Unificada 617 de 2014	11
11. Sentencia C-071 de 2015:.....	13
Capítulo III – Marco Teórico	13
13. Estado Del Arte.....	13
13.1. Fundamentos teóricos sobre la adopción	13
Capítulo IV - Marco Referencial	23
14. Adopción.....	23
15. Tipos de Familia:	24
Capítulo V – Desarrollo de la Investigación	24
16. Desarrollo de la adopción como mecanismo restaurador de derechos.....	25
17. ¿Cómo la adopción homoparental desarrolla la prevalencia del derecho del menor a tener una familia?	30
Capítulo VI – Fundamentación	47
18. Fundamentación Teórica.....	47
19. Fundamentación jurídica.....	55
20. Aceptación social de la adopción homoparental	57

21. Conclusiones	58
22. Referencias.....	61

Capítulo I – Preámbulo de la Investigación

1. Introducción

Colombia como Estado Social y Democrático de Derecho, laico y encaminado a ser parte de la globalización, dentro de sus temas de actual discusión, se encuentra la adopción por parte de familias homoparentales, tema que, por su alto contenido sensible e inmersión en temas de especial importancia como los derechos de los niños y niñas, el interés superior del menor y el paso de la igualdad formal a la material se convierte en un tema que suscita desencuentros, posiciones encontradas y argumentos diversos.

Es evidente que pese a la inclusión del proceso y la regulación de la figura de la adopción en el código de infancia y adolescencia – ley 1098 de 2006- sin ninguna clase de limitación expresa, se viene dando una interpretación y aplicación restrictiva de la norma, al encontrar en la orientación sexual de una pareja un impedimento para hacer parte del proceso de adopción – tanto el proceso administrativo como el proceso judicial-, lo que configura de hecho un menoscabo a los derechos de los menores en condición de vulnerabilidad que protege el Estado y entretanto una arbitrariedad al derecho a la igualdad y al debido proceso en razón a una opción de vida diversa.

Por lo anterior; es claro que con uno de los últimos avances donde se hizo posible la adopción de un menor solo cuando este fuera hijo biológico de algún miembro de los padres adoptantes – homosexuales- es posible señalar que se da un trato diferenciado que en últimas incurre en pérdida de oportunidades para los menores que esperan por una familia. De modo que lo preciso será velar para generar una apertura legislativa y políticas que brinden herramientas tanto a los falladores, como a la comunidad misma para encontrar en la adopción homoparental lo que en realidad es, una medida de protección para menores que ya sea por abandono o a causa de factores diversos no cuentan con un hogar donde crecer.

Alrededor del mundo se ha venido observando un cambio de referente en cuanto a la adopción por parte de familias homoparentales, esto, distinto a como lo plantean varios grupos en contra de la medida, por la necesidad expresada tanto en convenios internacionales como en los ordenamientos jurídicos internos de cada país de interpretar toda medida que afecte un menor de edad partiendo del interés superior en el resguardo de sus derechos y el deber de cada Estado por velar para que los niños y niñas se desarrollen dentro de niveles mínimos de vida y amor.

2. Resumen

Recientemente se ha convertido en un tema capaz de suscitar controversias y posiciones encontradas la mera posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo, ello en razón al aparente choque entre el derecho de una minoría como lo es la LGBTI a acceder a la oportunidad de ser padres adoptantes y el supuesto riesgo al que se verían expuestos los niños que aleatoriamente fueran acogidos nuevamente en una familia homoparental.

Si bien es cierto, en primera revisión podría suponerse que la adopción por parte de parejas del mismo sexo situaría a los menores en un estado de vulnerabilidad, ello no ha sabido ávidamente probado ni científica ni fácticamente, por lo que la supuesta contingencia de derechos no deja de ser ello, un mero supuesto carente de sustentos reales.

Lo cierto es, que siendo la adopción el tema central de análisis y que debe guiar todo el proceso para que se dé la realización de ésta, es el interés superior del menor, que necesariamente debe garantizar el Estado a los niños institucionalizados, teniendo como fin de especial interés el que cada niño y niña colombiano pueda gozar de un seno familiar, resulta entonces importante hacer hincapié en que el tema de la adopción homoparental no es un tema que se pueda analizar desde el entendido de la existencia de un choque de derechos o desde la óptica donde lo que persiguen las iniciativas que la promueven es hacer primar el derecho de los homosexuales a ser padres.

Cualquier interpretación o decisión que se tome respecto de un menor a cargo del Estado colombiano, deberá estar revestida por argumentos que atañen a la especial protección de los derechos de los niños como sujetos de especialísima protección, de modo que será no velar porque la adopción en sus etapas principales, administrativa y judicial, sea totalmente imparcial y se guíe por el debido proceso.

El hecho de contar con una ley que regula el tema de la adopción en Colombia hace más evidente la diferenciación infundada y concretada continuamente en los procesos de adopción, donde no se tenían en cuenta posibles adoptantes en razón a su condición sexual y a su supuesta falta de idoneidad para ser padre; la ley 1098 de 2006 no se concibió para ser limitante de ningún grupo o ninguna persona para formar parte del proceso de adopción, por el contrario planteó criterios en aras de la expansión de esta figura, para con ella asegurar a los menores desprovistos de una familia la oportunidad de crecer dentro de un ambiente sano y lleno de amor.

De modo que aunque avance, no basta con el condicional donde sólo pueden ser adoptados los menores por la pareja – del mismo sexo- de uno de sus padres biológicos; será entonces preciso instar a los entes relacionados con ésta figura a hacer una interpretación no restrictiva de lo dispuesto en la norma, de modo que se desvirtúe la presunción de que la adopción por parte parejas homosexuales

constituye un riesgo, pues si se hace un test de ponderación se tendrá que lo apremiante con esta medida es brindar a más menores mayores opciones de adoptantes y no solo generar una igualdad real para un grupo considerado minoritario. Tal como sucedió en el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional en noviembre de 2015.

La supuesta igualdad que muchos aducen se busca con esta medida solo para la comunidad LGBTI, en realidad se persigue para los menores que han sido abandonados o han perdido a su familia, pues independiente de ello es el estado quien debe garantizarles la concreción del mínimo de los derechos para crecer y desarrollarse como el promedio de los demás menores residentes en Colombia.

Lo que se considera preciso pues, es adelantar los trámites legislativos y las políticas públicas necesarias para garantizar que con la apertura de la adopción a las parejas del mismo sexo, sin ninguna clase de condicional anterior, se dé la opción de que se reduzcan el número de niños que a diario escapan a su estado de institucionalización o bien cumplen su mayoría de edad y deben enfrentar su vida sin haber recibido las herramientas necesarias para ser ciudadanos que impulsen el desarrollo de nuestra sociedad.

De modo que no es posible ni jurídica ni socialmente permitir se use un principio que debe ser regla de interpretación, como base para oponerse a la adopción por parejas del mismo sexo, pues está posición además de ser abiertamente infundada desconoce derechos que sin ser del mismo rango necesitan la salvaguarda del estado colombiano por igual; basta conocer la adopción y sus fines y ser fiel a lo positivizado dentro de la ley para saber que excluir a cierto grupo de posibles adoptantes es acortar las posibilidades de miles de menores de crecer en una familia como cualquier otro menor.

3. Objetivos

3.1. Objetivo General:

Establecer la viabilidad de la adopción de menores por parte de familias homoparentales como forma de protección del derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella.

3.2. Objetivos Específicos:

Determinar la posición de la legislación colombiana frente a la dicotomía entre los derechos de los menores y los de los colectivos LGBTI

Definir si la adopción por parte de parejas del mismo sexo cumple como mecanismo de restitución de los derechos de los menores, o sí, por el contrario, configura una vulneración de éstos.

4. Resultados Esperados

En el presente texto se pretende argumentar el porqué la adopción por parte de parejas del mismo sexo resulta en una medida viable para la protección de los derechos fundamentales de los menores, los cuales cuentan con una prevalencia sobre los derechos de los demás miembros de la Sociedad Colombiana en concordancia con el inciso tercero del artículo 44 superior; Partiendo desde la percepción de la adopción como un mecanismo de restauración de derechos. Ello se realizará mediante el análisis de los elementos normativos existentes que dan vida a las interpretaciones necesarias para dar o no, un menor en adopción y cómo ello es capaz de brindarle o limitarle a éste la oportunidad de crecer en un seno familiar capaz de suplirle de elementos que van más allá de los factores que asegura el Estado valiéndose del apoyo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Se pretende además, esbozar los argumentos de porque la no apertura de las barreras a la adopción, más que generar una vulneración a los derechos de la comunidad LGBTI atentan directamente contra los menores de edad y cómo pese a lo expresado en diferentes ponencias y debates no es claro aún el argumento jurídico por el cual un menor no puede ser acogido por una familia <diversa> en Colombia, cuando ya se ha dado la expansión de la aceptación de esta medida en países de Latinoamérica con ordenamientos jurídicos similares al nuestro.

5. Justificación

De acuerdo a la Misión institucional la presente investigación, basa su fundamento en el carácter pluridimensional respecto a la prevalencia de la diversidad que maneja la sociedad, desde una mirada crítica para establecer los cambios y necesidades que se presentan hoy en día en la sociedad, frente a la prevalencia de los derechos de los niños. Con el fin de crear consciencia y tolerancia frente a los cambios que se avecinan en materia de familia.

La presente investigación se ha inscrito en la línea institucional que corresponde al área de Derecho Privado (Derecho Civil y de Familia), como quiera que denota una perspectiva sobre la adopción de menores por parte de familias homoparentales

extrayendo el campo problemático con una posible solución que ha de ser manifiesta a través de muestras y evidencias que nos permitan llegar a una conclusión.

La presente investigación es **aplicada** de **Naturaleza Mixta, descriptiva y socio jurídica**, enmarcada dentro de la forma **Teórico-Práctica y/o Documental**; la conveniencia metodológica que la investigación demanda se ha desarrollado bajo el método de la **Inducción –Deducción**. Con enfoques de carácter **Cualitativo** debido a que se centra netamente en análisis jurídicos y teóricos respecto al problema planteado. Teniendo como unidad de análisis la prevalencia del derecho de los menores de acceder a un núcleo familiar. Teniendo como referente poblacional a la comunidad LGBTI, los menores en custodia del ICBF y, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se enmarca en la **Dirección Disciplinar del Realismo Jurídico**.

La presente investigación se desarrolla dentro de un enfoque socio jurídico, debido al contexto en que se desarrolla la misma; con tipología explicativa y enfoque metodológico cualitativo. Dicho esto, el método a utilizar será el teórico analítico, ya que, permitirá examinar de forma específica cada uno de los componentes existentes en la presente investigación, logrando así, una conclusión lógica y fundamentada. Para lograr una hipótesis razonada, los instrumentos que permitieron una eficaz recolección de la información, fueron las diferentes investigaciones realizadas respecto al tema señalado, estudios psicológicos certificados y análisis de expertos jurídicos, los cuales fundamentan sus tesis en pretensiones legales, y científicos con tesis verificables y aplicables a la realidad social; los cuales segmentaron cada una de las conclusiones frente a la prevalencia del derecho de los niños, niñas y adolescentes a poseer una familia al tratarse de adopción entre familias homoparentales y cuyo fin era establecer si la adopción parte de una pareja conformada por personas que poseen el mismo sexo, genera alguna clase de limitante frente al desarrollo del menor.

Dentro del desarrollo del primero capítulo, se encontrará los referentes teóricos existentes respecto del problema de investigación, los objetivos y la justificación, la unidad de análisis y el método investigativo utilizado, que llevará a la solución de la pregunta de la investigación.

Esta investigación en su segundo capítulo, propende por brindar una exposición de los referentes normativos existentes, lo que se considera es la base para hacer un análisis de la realidad del desarrollo de los procesos de adopción en Colombia, y valorará cómo el uso del principio – regla de interpretación, del interés superior del menor, reiteradamente ha sido usado como argumento para restringir la adopción y

brindar menos oportunidades a los menores institucionalizados de ser adoptados por una familia, que si bien es considerada familia, no por ello deja de poseer los elementos esenciales para el desarrollo eficaz de un niño. Así las cosas, será sencillo generar los debates necesarios para dar una apertura real a este proceso y garantizar a los menores el número mayor de opciones de ser adoptados lo que de una u otra manera se reflejara en un cambio a largo plazo para la sociedad misma, pues gozaremos de más niños acogidos dentro de familias dotadas de amor y dispuestas a brindarles lo necesario para un crecimiento sano y adecuado, garantizando de ese modo generaciones futuras capaces de tratarse como iguales dentro de sus diferencias y entender que el fin de cada estado es accionar lo necesario para generar mayor desarrollo y estabilidad para las generaciones futuras.

En el tercer capítulo, se desarrolla el marco legal, jurídico y jurisprudencial, haciendo un análisis concienzudo, ordenado cronológicamente para analizar el avance legal y social de la progresividad de derechos de colectivos LGBTI y su aceptación por la sociedad colombiana, haciendo énfasis especialmente en la adopción de menores por parte de familias homoparentales. Continuando con un análisis de la coyuntura colombiana comparada con la mexicana y canadiense, aportando unas conclusiones finales.

En el cuarto capítulo, se desarrolla el marco referencial, donde se realiza una breve explicación de las acepciones tales como, adopción, familia homoparental, familia monoparental, entre otras.

La sociedad colombiana está llamada a cambiar el arraigado paradigma sobre las familias diversas y su capacidad de ser padres, pues sin tener bases claras y capaces de sustentar alguna tesis real por años han cercenado la oportunidad de miles de niños en condiciones de orfandad de tener un mejor futuro.

Por último, encontrarán la configuración tanto de la normatividad como de la teoría, las cuales brindaran una correcta solución al problema planteado; debido a que mediante la tesis planteada lo que se pretende es dar una solución que permita un correcto desarrollo del derecho del menor a pertenecer a un núcleo familiar estable que vele por el cumplimiento de las garantías constitucionales que los cobijan.

Capítulo II – Marco Legal

Al ser esta una investigación de tipo descriptiva y socio jurídica, tiene como fin plantear, describir y hacer un seguimiento a la amplia dilación evidenciada respecto

al tema de la adopción por parte de familias homoparentales, que por años presentó una aplicación sesgada y que por demás obvió parcialmente el interés superior del menor. Para ello, esta investigación presentará un marco legal de derecho comparado que hará hincapié en los avances, frenos y casos concretos que darán bases para concluir que siendo Colombia un Estado Social y Democrático de Derecho, laico y que cuenta con las herramientas para ampliar los alcances y la aplicación de la adopción, ha permitido que con argumentos moralistas y religiosos se presente un constante menoscabo de los derechos fundamentales de dos poblaciones que bien podemos considerar minoritarias, y por ende, de especial protección por parte del Estado colombiano.

Resulta entonces imperioso estudiar como los derechos promulgados y protegidos por la Constitución Política colombiana pueden llegar a ser una somera metáfora y prosa literaria, además de realizar un análisis de la importancia de la ponderación de los derechos en contingencia cuando de este tipo de adopción se trata; lo anterior, para resaltar las incongruencias entre la realidad social colombiana y las condiciones y garantías que la carta magna idealmente debe proteger.

Siguiendo lo dicho anteriormente, estamos hablando de una situación problemática que se adapta al ámbito socio jurídico, y por ende éste será el método que se aplicará al desarrollo de la investigación. En este sentido, dichos métodos se ajustan a las condiciones del proyecto a tratar, para así buscar la relación que existe entre la situación jurídica respecto a la adopción entre este tipo de parejas y la realidad social que se vive actualmente en Colombia.

Partiendo de lo anterior, frente al marco legal existente en el ordenamiento jurídico, se ha determinado la no existencia de una normatividad especial en materia de regulación de derechos civiles y de familia para este tipo de población, pese a ello, el Estado Colombiano ha realizado una adaptación de la regulación existente en el tema, en el entendido que los derechos y deberes que se adquieren dentro de las de uniones maritales de hecho, caben tanto en parejas heterosexuales como homosexuales, es así, como se logra el reconocimiento de este tipo de parejas y familias homoparentales, logrando una aplicación equitativa de las normas reguladoras del tema. Dicho esto, es necesario precisar, que el avance normativo con relación a las uniones entre parejas con diversidad sexual, radica netamente en precedentes jurisprudenciales, debido a que esta población ha alcanzado el reconocimiento desde el punto de vista legal, a través de pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional colombiana, que, en diferentes eventos, es quien ha determinado el alcance de los derechos de las parejas homosexuales.

6. Sentencia C-098 de 1996:

Al respecto, conviene citar a manera de contexto la sentencia C-098 de 1996 donde la Corte Constitucional mantuvo su posición frente a la precisión que realiza la ley 54 de 1990, la cual señala de forma explícita lo siguiente: “(...) *Para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho*”¹.

De lo anterior se pudo inferir que la norma plasmada en la ley mencionada en precedencia fue la “forma de tutelar a la familia natural”², debido a que este problema jurídico fue planteado en sentencia proferida por la Alta Corte y de la cual ya se hizo referencia, concluyendo que el concepto de familia basado en la heterosexualidad era el idóneo y aplicable en la legislación colombiana; determinándose de igual forma que es el Estado colombiano el responsable de la efectiva protección de esta institución.

Es necesario mencionar, que la Corte presentó especial interés en la protección de la familia conformada por la unión de un hombre y una mujer, de modo que las normas demandadas en dicha sentencia, omitieron la convivencia de núcleos integrados por parejas del mismo sexo que mantenían una convivencia sólida y de forma ininterrumpida, teniendo así las características para conformar una familia y ser reconocida para ejercer los derechos que se desprenden de estos lazos. Sin embargo; a lo largo de los últimos años, la comunidad LGBTI ha logrado un reconocimiento constitucional, y por ende el resguardo y correcta ejecución de sus derechos.

7. Sentencia C-814 de 2001

En lo que respecta al objeto del presente trabajo, es decir, a la adopción de menores por parte de familias homoparentales, el desarrollo de este ha sido un poco más lento en comparación con los derechos reconocidos a la comunidad LGBTI y de los cuales algunos fueron mencionados anteriormente. Se inició con la sentencia C-814/01³, con la cual se trató de declarar la inexecutable de los artículos 89 y 90

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 54 DE 1990. por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes

² *Ibidem*. P.18.

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-814.2001.

del Decreto Ley 2737 de 1989⁴ por una supuesta omisión legislativa; en dicha sentencia la Corte estableció que el legislador no había incurrido en una omisión legislativa, debido a que no se había dado la identidad de hipótesis material a la cual fuera necesario extender la protección legal de la norma. Arguyó que era de tenerse en cuenta que el fin último de la adopción es ante todo una protección al derecho del menor a tener una familia, y la consagrada por la constituyente del 91 protegió se limitó al núcleo familiar heterosexual y monogámico, y por ende se estableció que la figura ideal de familia para el menor desprotegido y/o institucionalizado es la familia protegida por la constitución, y la definición propuesta y aceptada en la carta política no estaba en consonancia con el tipo de unión que nace de la convivencia de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI.

Partiendo de lo anterior, la Corte estableció que la adopción por parte de parejas del mismo sexo no era viable, debido que para esta, el único tipo de familia protegido en ese entonces y acorde a la Constitución, era la familia heterosexual, y por lo tanto, la única con la capacidad de proteger y restablecer los derechos a un menor que por diferentes circunstancias fueron vulnerados.

8. Sentencia C-811 de 2007⁵

El reconocimiento de los derechos de carácter civil a las parejas de igual sexo, es un tema que en los últimos años ha tenido grandes avances en cuanto a su regulación, ajustando las normas existentes, y haciéndolas extensivas a este tipo de relaciones. La Corte Constitucional en octubre de 2007, en sentencia C- 811/07⁶, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 163 de la ley 100 de 1993⁷ que trataba sobre la protección a la seguridad social en régimen contributivo, dándole un estatus de familia a las parejas del mismo sexo, a las cuales no les era aplicado este concepto; la declaratoria condicional de la exequibilidad consistió en que dicha protección a la institución de la familia era extensiva a las parejas del mismo sexo. Ese mismo año, mediante el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-075/07⁸ donde se declaró la exequibilidad de la (LEY 54, 1990)⁹ y se mantuvo la modificación de la ley 979 de 2005¹⁰, y con ello la protección de los

⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. DECRETO 2737 DE 1989.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-811.2007. Referencia: expediente D-6749.

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-811.2007. Referencia: expediente D-6749.

⁷ COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPUBLICA.LEY 100 DE 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Art 163 “Cobertura Familiar”

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C- 075.2007. Referencia: expediente D-6362.

⁹ COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 54 DE 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

¹⁰ COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 979 DE 2005. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo reconocidas en la citada ley, de modo que se otorgaron en iguales términos y condiciones que a las parejas heterosexuales. Con este hecho se permitió también a las parejas del mismo sexo establecer una unión marital de hecho, figura provista inicialmente para parejas heterosexuales que convivieran sin estar casados. No fue sino hasta el 2008 que la Corte determinó que las parejas homosexuales que estuvieran en unión marital de hecho podrían ser beneficiarios de la pensión de sobreviviente de su compañero o compañera de igual forma que las parejas heterosexuales.

Al reconocérsele derechos y obligaciones a las parejas del mismo sexo desde la perspectiva del derecho civil y de familia, se dio apertura para que este tipo de uniones se empezaran a formar y desarrollar dentro de la sociedad, adquiriendo así la categoría de núcleos familiares y completando sus familias con la integración de un nuevo miembro, un infante. Lo anterior, se vino presentando dentro de la realidad colombiana, pero en el momento en el que se presentó la opción de que las parejas del mismo sexo fueran reconocidas como los padres del mismo, la legislación colombiana presentó más que una deficiencia en su interpretación, y limitó la figura de la adopción netamente a las parejas heterosexuales. Es así, como nuevamente fue necesario acudir a las Cortes colombianas, para que fueran estas las que determinaran si era viable o no la adopción homoparental.

9. Sentencia C-802 de 2009

Esta sentencia resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra: “*el artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” y contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.”*¹¹, alegando el demandante presunta violación del derecho a la igualdad, por excluirse en el texto de la norma a las parejas homosexuales; impidiéndoles con esto adoptar en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. En la aludida demanda se determinó que los artículos anteriormente mencionados solo indican los requisitos necesarios si se desea adoptar y algunas definiciones en la misma materia; por otra parte el demandante omitió incluir en el libelo de la demanda las demás normas que se encuentran dispersas en la legislación colombiana que regulan el tema de la adopción; en este punto enunció que ya que no se había integrado la proposición jurídica completa, dicho error no era subsanable, razón por la cual la Corte se declaró inhibida para dar una respuesta de fondo frente al tema en señalado, indicando la necesidad de

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-802.2009. Referencia: expediente D-7415

analizar toda la normatividad en su conjunto y de manera sistemática para llegar a una conclusión, ya fuese en uno u en otro sentido.

En esta decisión la Corte actuó de manera injustificada, ya que, según la sentencia C-560 de 1997, Magistrado Ponente el Doctor José Gregorio Hernández Galindo, se determinó lo siguiente: cuando los apartes demandados de un precepto legal se hallan íntima e inescindiblemente unidos a fragmentos o partes no acusados, de tal manera que entre sí todos configuran una proposición jurídica cuya integridad produce unos determinados efectos y sólo es susceptible de comparar con la Constitución en cuanto tal, puede el juez constitucional extender el alcance de su fallo a las partes no señaladas por el actor, con el propósito de evitar que, proferido aquél apenas parcialmente, se genere incertidumbre colectiva acerca del contenido armónico e integrado de la norma legal materia de análisis¹².

En este caso es claro notar la acción evasiva de la Corte al resolver sobre temas relacionados con la adopción de parejas homosexuales, dando dilaciones injustificadas e incluso como es el caso anterior, omitiendo precedentes jurisprudenciales que conllevarían a una decisión determinante para el tema en cuestión.

A partir del 2009, la Corte Constitucional estableció los lineamientos a seguir para determinar los casos donde exista o no discriminación a causa de la orientación sexual de una persona. Uno de estos fue el que implanto el trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y homosexuales, donde cada vez que se presenten casos que enfrenten derechos entre las mismas, se debe someter a un test de razonabilidad teniendo en cuenta tres aspectos:

1. El trato diferenciado debe ser para poder alcanzar un objetivo de carácter constitucionalmente obligatorio.
2. Dicho tratamiento diferenciado realmente deber lograr el cumplimiento de ese objetivo constitucional y
3. El beneficio que produce la vulneración de esos derechos debe ser mayor a la vulneración misma.

10. Sentencia Unificada 617 de 2014¹³

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-560.1997.

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-617.2014.

En medio del desarrollo del concepto de adopción igualitaria, la Corte optó mediante sentencia SU-617 de 2014, dar una solución que permitiera a uno de los miembros de la pareja del mismo sexo, adoptar al hijo biológico de su compañero(a) permanente. Sin embargo, no fue sino hasta el 4 de noviembre de 2015 cuando la Corte mediante sentencia C-683 de 2015, cuyo magistrado ponente fue el Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, declaró que las parejas del mismo sexo pueden aplicar al proceso de adopción de igual forma que las parejas heterosexuales¹⁴; su decisión se fundamentó bajo el argumento de que, al inhibir a las parejas del mismo sexo de acceder a las solicitudes de adopción de menores, se estaba vulnerando el derecho fundamental y de primordial interés para Estado, el cual es el interés superior de los niños, debido a que restringe el acceso a los diferentes tipos de familia a los menores que se encuentran en un estado de adoptabilidad. Igualmente aclara La Corte en mención, que no existe prueba fehaciente que demuestre la afectación negativa al desarrollo de los infantes pertenecientes a familias homoparentales¹⁵.

Reitero también La Corte, que de acuerdo a la constitución, tratados internacionales y jurisprudencia tanto nacional como internacional, la orientación sexual de un hombre o mujer, no es un factor que indique *per se* la falta de idoneidad moral o psicológica del candidato adoptante, de tal suerte que restringir el acceso de una familia a un menor basándose en la mera orientación sexual del futuro adoptante, vulnera abiertamente el artículo 44 superior¹⁶. Además, la corporación reconoció que una lectura conforme de la constitución es establecer que, desde la arista de la protección al interés superior de los niños, se debe entender la ley de manera neutral frente a las preferencias sexuales de las parejas y de quienes conforman el núcleo familiar.

La legislación colombiana y la normatividad internacional, han guardado concordancia frente a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas pertinentes al caso, de tal modo que no puede verse nublada por factores que resultan falaces tales como las preferencia sexuales de una persona, considerando lo consagrado en el artículo 13 de nuestra carta política donde se referencia que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”¹⁷. La interpretación de la normatividad debe ser imparcial, teniendo en cuenta, que lo único exigible es

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-683. 2015. Referencia: expediente D-10371. Bogotá D.C.

¹⁵ *Ibídem*

¹⁶ COLOMBIA.CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA.1991. Art 44 (Derechos fundamentales de los niños)

¹⁷ COLOMBIA.CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA.1991. Art 13

lo taxativo en la misma, y al no existir texto que contemple la limitación o prohibición de la adopción a personas por su inclinación sexual diversa, se les debe permitir realizar el proceso de forma objetiva y sin ninguna clase de discriminación que no se encuentre fundada en la ley.

11. Sentencia C-071 de 2015:¹⁸

Por otra parte, dentro de los fallos recientes se encuentra la Sentencia C-071 de 2015, donde la Corte Constitucional avaló la adopción por parte de familias homoparentales, solo si la petición recae sobre el hijo biológico de uno de los compañeros permanentes. La pretensión principal solicitada ante la Alta Corte en la sentencia en mención, fue la adecuada interpretación de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006¹⁹, con el fin de permitir la adopción en parejas del mismo sexo, bajo los postulados del derecho a la igualdad y del niño a no ser separados de su familia, lo anterior estipulado en el artículo 13 y 44 de la carta magna²⁰; y sobre todo, se logró que en los fundamentos la Corte Constitucional tuviera en cuenta el principio general de la prevalencia del interés superior del niño.

Se evidencia entonces, que en lo que respecta al tema legislativo, el Congreso de la Republica de Colombia ha tomado una postura que se inclina a limitar el alcance de la aplicación de la normatividad en Derecho Civil y de Familia a parejas heterosexuales; de modo que no se establecen pautas que determinen una aplicación igualitaria de las normas existentes frente a los derechos civiles y de familia tanto para las parejas heterosexuales como para la comunidad LGBTI. Es por lo anterior, que se ha visto una intervención jurisdiccional de tipo constitucional frente al tema, donde la Corte Constitucional, a través de los diferentes mecanismos de prevalencia de los derechos fundamentales, ha conocido la vulneración y menoscabo de garantías y derechos de la comunidad LGBTI, y se ha encontrado frente a la preponderante necesidad de realizar aclaraciones y modificaciones que permitan cimentar el alcance a la normatividad existente, para que se dé una aplicación acertada de lo legislado.

Capítulo III – Marco Teórico

13. Estado Del Arte

13.1. Fundamentos Teóricos Sobre La Adopción

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-071.2015. Referencia: Expediente D-10315.18, febrero, 2015.

¹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 1098,2006. Diario Oficial 46446. Mediante el cual se expide el Código De La Infancia Y La Adolescencia.

²⁰ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA.1991. Art 13 (Igualdad) y 44 (Derechos de los Niños).

En conformidad con lo estipulado en las diferentes sentencias proferidas por la Corte Constitucional y en concordancia con el sentido dado por la misma entidad, los derechos de los menores predominan sobre los de los demás asociados; entendiéndose esta afirmación como principio inalienable, por el cual el Estado colombiano debe velar y proteger por encima de cualquier otro a los menores por ubicarse dentro del restringido grupo de sujetos que disfrutaban de especial protección. Por consiguiente; es obligación del Estado y de la sociedad salvaguardar y velar por la protección del menor. No obstante, ni el Estado Colombiano ni la Corte Constitucional Colombiana están en la capacidad directa de dar cumplimiento a dicho principio, sin servirse de una familia capaz de brindar una protección más focalizada y estable.

De acuerdo con ello el Estado, la sociedad y la familia son claves en la protección del menor, ya que procuran por su correcto desarrollo de forma armoniosa e integral, mientras paralelamente velan por la garantía del pleno ejercicio de sus derechos, y como deber especial el Estado debe dar prevalencia del interés superior del menor.

Obligaciones no solamente emitidas por esta institución, sino consagradas en diferentes tratados emitidos por organismos internacionales, que se ubican dentro del bloque de constitucionalidad del Estado colombiano.

De tal manera la Convención sobre los derechos del niño, contempla dentro de su artículo 3, la obligación de todos los Estados parte a tener en cuenta dentro de sus decisiones siempre el interés superior del menor²¹, indicando la misma que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño²², de modo que es deber de los Estados velar por el cumplimiento y preservación del interés superior del niño, principio que además se encuentra en la Constitución colombiana.

Dicho principio, tal como lo enuncia la Corte Constitucional, tiene como fin esencial el orientar a los jueces en su ejercicio interpretativo cuando se dé la existencia de una confrontación normativa y de intereses, entre los cuales exista inmiscuido un menor; dichos intereses contrapuestos, deben ser resueltos a favor del interés del menor, por resultar éste no más importante pero si con un revestimiento

²¹ UNICEF. COMITÉ ESPAÑOL. Convención De Los Derechos Del Niño. junio.2006. Art 3 P.10. [consultado el 26 de febrero] Recuperado de: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

²² Ibidem

especial, tiene prioridad en tal caso que no se logre establecer una proporcionada decisión.

Para la plena garantía y desarrollo de dicho principio, la Corte señaló algunos criterios por los cuales debe regirse el análisis, esto con miras a la protección del menor; podemos destacar de dichos criterios el de la garantía del desarrollo integral del menor, el cual consiste en el adecuado desarrollo físico, psicológico, intelectual y ético del menor; de este criterio la Corte destaca el desarrollo psicológico y encuentra una duda razonable en ello, criterio que además se ha tenido en cuenta para el debate sobre la adopción de familias homoparentales y por el cual dicho desarrollo se ha visto frenado en constantes oportunidades.

El criterio anteriormente expuesto se ha venido desarrollando y analizando al punto de ser objetado por diferentes estudios, como ejemplo se encuentra el texto “La Adopción Por Homosexuales” de EVA BUILESTRELLA GARCÍA-RUBIO, MONTSE LAPASTORA Y MARIAN RABASOT²³, donde se precisa la familia como eje esencial de la sociedad, y se le cataloga de esta manera al ser el lugar más propicio para recibir los estímulos de carácter cognitivo, afectivo social y moral para desarrollarse como un adulto sano.

Es menester entonces, tal cual como lo establece el texto en referencia, que los Estados se adapten a estas nuevas formas que se han presentado dentro del marco de “familia” ya que hoy día existen familias en las cuales los menores; siendo hijos biológicos de una de las figuras paternas, es “adoptado” y criado por la pareja del mismo sexo de su progenitor, siendo necesario entonces actualizar la legislación nacional, propendiendo siempre por el interés del menor y su adecuado desarrollo.

Siguiendo este lineamiento, traemos a colación lo planteado por el Psicólogo Francisco Granados Pérez²⁴el cual plantea la importancia de la crianza de un menor dentro del seno de una familia tradicional; siguiendo el planteamiento de sus colegas, los psicólogos (Valcarce y de Miguel, 1995) quienes en su texto “Homosexualidad Y Adopción: Importancia De La Adquisición De Una Identidad Solida” ²⁵ arguyen que es dentro de esta donde el menor adopta su identidad sexual frente a lo que “se es”, e igualmente desarrolla el duelo frente a lo que “no se es” siendo necesario, por ende, las figuras de padre y madre; dicha afirmación se

²³ BUILESTRELLA GARCIA, Eva, *et al.* LA ADOPCIÓN POR HOMOSEXUALES, Anuario de Psicología Jurídica, 2004.Vol. 14, P.82 [Consultado el 26 de febrero de 2016] Recuperado de:

<http://www.mlapastora.com/articulos/LaAdopPorHomosex.pdf>

²⁴ GRANADOS PÉREZ, Francisco. En búsqueda de la normalidad, Papeles del Psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos, 1995, junio. Vol. 37. No 61 [consultado el 16 de abril] Recuperado de: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=666>

²⁵ MIGUEL. De Angeles y Valcarce, Mercedes. Homosexualidad y adopción: Importancia de la adquisición de una identidad sólida, Papeles del Psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos, 1995, junio. Vol. 37. No 62 [consultado el 10 de mayo] Recuperado de: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=681>

encuentra concebida dentro de las aristas del derecho de un menor a ser adoptado ya que para los autores no existe un derecho a adoptar por parte de los adultos.

Es desde este punto de vista en donde Angeles de Miguel y Valcarce plantean su posición determinando que para el correcto desarrollo de un menor se requieren tanto la figura femenina como la masculina, para así poder establecer una identidad con el sexo que se tiene “lo que se es”, lo cual en contraposición representa la identificación del sexo del cual se carece “lo que no se es”. Para estos profesionales los menores desde muy temprana edad reconocen la realidad de su padre y su madre y su interacción con él lo que implicaría, según su criterio, que un menor que carezca de estas figuras tendrá dificultades para determinarse como hombre o como mujer. Sin embargo; Granados Pérez también exalta la realidad social que se vive en la sociedad moderna; donde existen personas criadas en el ambiente de dos padres del mismo sexo, quienes han desarrollado de manera idónea su identidad sexual, lo que lleva a concluir que es necesario estudiar cada caso de manera específica y establecer las necesidades de cada menor y lo que cada pareja pueda brindarle a su desarrollo sin establecer como un obstáculo para ello, la preferencia sexual de los futuros adoptantes²⁶.

Otro criterio considerado por la Corte Constitucional como fundamental a la hora de dar prevalencia al interés superior del menor, es la “provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor”²⁷, esto con el fin de lograr el desarrollo íntegro y armónico del niño. Según la American Psychological Association,²⁸ los padres homosexuales tienen la misma probabilidad como los padres heterosexuales de brindar ambientes adecuados para la crianza de niños, de igual manera manifiesta que no se encuentran diferencias relevantes entre hijos criados por madres lesbianas y los que lo son por familias heterosexuales, también con investigaciones como las de la Dra. Charlotte Patterson²⁹, se demuestra que los hijos criados por familias homoparentales mantienen relaciones de carácter social normal con compañeros y otros adultos incluyendo a su núcleo familiar como abuelos o tíos, igualmente en su estudio, frente al desarrollo de los menores analizados, se determinó que su desarrollo psicológico y sexual correspondía al normal para infantes de su edad.

²⁶ GRANADOS PÉREZ, Francisco. En búsqueda de la normalidad, Papeles del Psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos, 1995, junio. Vol. 37. No 61 [consultado el 16 de abril] Recuperado de: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=666>

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-836.2014.

²⁸ FRIAS NAVARRO, María Dolores *et al.* Hijos de padres homosexuales: qué les diferencia. Universitat de València. P. 3 [consultado el 2 de abril] Recuperado de: http://www.familieslg.org/comun/bibliografia/pdf/frias_2004.pdf

²⁹ PATTERSON, J. Charlotte. Children Of Lesbian And Gay Parents. Advances in Clinical Child Psychology. New York.1997. Vol.19. P. 257-264. [consultado el 11 de agosto] Recuperado de: <http://people.virginia.edu/~cjp/articles/p97.pdf>

Dado lo anterior se puede inferir que el verdadero problema frente al aval de la adopción de menores por parejas del mismo sexo, es la sociedad y su reticencia al cambio, donde el miedo principal es la estigmatización al menor por su núcleo familiar, junto con la falta de identidad sexual, frente a este último concepto se ha demostrado que la identidad sexual de los menores no se ve afectada por ser criado en una familia homoparental.

Como se ha mencionado en líneas anteriores, se considera a la familia como elemento necesario para el desarrollo del menor; en el estado colombiano el concepto de familia es entendido como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos³⁰. Manteniéndose de igual forma, la definición tradicional de familia, al vínculo existente entre un hombre y una mujer y que se ve materializado con el matrimonio y cuyo fin esencial es la procreación³¹.

Hoy en día se ha establecido que la institución del matrimonio, no es el único medio mediante el cual se constituye una familia, al igual que la procreación no es el fin esencial de este contrato, debido a que, como evidencia de ello, tenemos las uniones maritales de hecho, donde las características a resaltar es la ayuda mutua y la unidad de vida que las personas manifiestan. Es por ello que en la actualidad tal y como lo señala Estrada Vélez³² la definición de familia se dificulta cuando existe ambigüedad tanto del punto de vista lingüístico como de las múltiples definiciones que las diversas ramas del derecho le dan al concepto para las respectivas figuras que dichas ramas tratan, como puede ser el concepto de familia en materia penal en lo referente a las agravantes punitivas, en materia civil en lo que respecta a las sucesiones, o en materia de violencia intrafamiliar.

De acuerdo a lo plasmado en el texto de B. Gómez y A. Berástegui “El Derecho del Niño a Vivir en Familia”³³ la privación de los menores a un cuidado y una atención parental puede provocar efectos negativos en su desarrollo con consecuencias como trastornos de depresión, congelamiento de su desarrollo con otras personas

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-821.2005. Referencia: expediente D-5666

³¹ *Ibidem*

³² ESTRADA VELEZ, Sergio, Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho. Universidad del Norte. No 36. Barranquilla. 2011. P.136. [consultado el 22 de marzo] Recuperado de: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/1574/2219>

³³ GOMEZ BENGOCHEA, Blanca Y BERASTEGUI, Ana. El Derecho del Niño a Vivir en Familia. Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales. Vol. 67. 2009. P.180. [consultado el 16 de abril] Recuperado de: http://www.usfx.bo/nueva/vicerrectorado/citas/SOCIALES_8/Derecho/9.pdf

entre otras, es por ello que en los casos en que los menores se encuentran privados de sus familias biológicas y por ende de la atención y cuidados que permitan su correcto desarrollo es aplicable la figura de la adopción en donde al menor se le otorga una familia para que permita este desarrollo independientemente de su preferencia sexual ya que lo relevante en este caso es el analizar la idoneidad psicológica, económica y moral del adoptante.

En tal sentido la adopción resulta ser una importante figura en lo respectivo a la protección del bienestar del menor, en comparación con menores que hayan llegado a su mayoría de edad dentro del sistema de cuidado estatal de menores (en el caso del Estado Colombiano el ICBF) los niños adoptados desarrollan mejores relaciones con otras personas y un ajuste psicosocial mayor.

En conclusión, y de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional mediante sentencia C-683 de 2015, limitar el número de adoptantes a solo aquellos que contengan una orientación heterosexual, lleva a que se vulnere el derecho de los menores a tener una familia, a tener un correcto desarrollo y a tener un futuro mejor³⁴; pues la disminución de estos adoptantes reduce a su vez la posibilidad de los menores de ingresar a un núcleo familiar constituido y una demora injustificada a la posibilidad de hacer parte de una familia en la cual poder desarrollarse de manera íntegra y armoniosa.

Pese a lo anterior vale la pena centrar la mirada en lo dispuesto en “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, donde se presenta acertadamente la opinión de la psicóloga Eva Giberti, quien a nuestro entender presenta lo “mejor para el niño” como una expresión aparatosa, ineficaz y tramposa, pues “el interés superior del niño” blindada de una discrecionalidad incalculable a quienes son los facultados para entregar a un menor en adopción³⁵. De este modo simplemente constituirá una barrera de carácter proteccionista que logra reforzar los imaginarios colectivos que alejan la adopción de su finalidad misma, que es la del restablecimiento de derecho y oportunidades a los menores que han sido extraídos o simplemente nunca han estado en un ambiente apto para un desarrollo psicosocial y emocional sano.

Estudiado el valor que ha de primar en cualquier Estado respecto al cumplimiento de los derechos de la niñez, se encuentra respecto al tema de la adopción el texto Adopción, familia y derecho - Adoption, family and Law de Rosa Moliner Navarro;

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-683.2015. Referencia: expediente D-10371

³⁵ LORA, Laura Noemi. Discurso jurídico sobre el interés superior del niño. Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suarez, Mar de Plata. 2006. P.3. [consultado el 18 de agosto] Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>

pues en este se hace hincapié en la relevancia jurídica globalmente aceptada de la adopción y consagrada en la Declaración Internacional de los Derechos del Niño de 1989, de ahí se tiene el interés preferente del menor como eje central y principio orientador que deben asumir los Estados cuando de menores de edad se trata³⁶.

Según este lineamiento ha de ser el Estado quien garantice a los menores su normal desarrollo dentro de un seno familiar capaz de brindarles las herramientas psicosociales y psicoafectivas para tener un normal crecimiento, serán los Estados mismos quienes saquen de ambientes peligrosos o se tomen la tarea de buscar hogares guarda ya sea permanentes o transitorios para los menores, lo realmente claro y clave es que es principio tiene una supremacía y especial protección porque resulta descabellado plantear colisiones con otros derechos o principios pues este siempre va a primar sobre cualquier otro interés legítimo.

El interés superior del menor ha de fungir como criterio interpretador de los Estados cuando se trate del restablecimiento de los derechos de la niñez. Moliner³⁷ no descuida la importancia de la capacidad, la idoneidad y la póstuma elección de quien será adoptante pero hace especial comentario a la importancia jurídica de la adopción como medida de resguardo para los menores, por eso descarta la idea errónea de que al ser un medio que remeda los vínculos biológicos y busca crear lazos semejantes deba necesariamente darse dentro del seno de una familia que hubiera podido procrear, pues ha de admitirse que esta no puede ser la interpretación dada a la actividad simuladora de vínculos biológicos, por el contrario si debe entenderse este mecanismo de filiación como un medio integrador del menor con una nueva familia que no necesariamente debe componerse de un padre y una madre sino que debe ajustarse a las realidades y variantes sociales, por ello se concibe, también la idea de un seno familiar apto para el normal desarrollo del menor.

Como conclusión de los aportes de este texto se recalca como la autora trae un planteamiento esencial para el desarrollo de este tema pues deja claro que la adopción no puede ser vista desde la perspectiva de quién es el postulante para efectuarle, sino que necesariamente tiene que plantearse bajo la idea de los derechos de los menores ha de ser reintegrados a un seno familiar nuevo capaz de darles las herramientas necesarias para su desarrollo.

³⁶ MOLINER NAVARRO, Rosa. Adopción, familia y derecho - Adoption, family and Law . Revista Boliviana de Derecho.2012. P.98-121. [consultado el 5 de junio] Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4800130.pdf>

³⁷ *Ibidem*.

Por otra parte, el texto “Experiencia de familias Homoparentales con Profesionales de la Psicología en México, Distrito Federal, es una aproximación cualitativa”³⁸, se destaca la necesidad de vislumbrar que las familias homoparentales son diferentes y en ellos se ha justificado esencialmente la incapacidad del Estado y la sociedad para romper paradigmas entorno al tema y se han perpetrado acciones de discriminación pasiva, la investigación plasmada en el texto resulta productiva pues presenta de manera amplia como todos los involucrados en el proceso de adaptación de los menores que viven en familias homoparentales presentan previas estructuras mentales que les dificultan la aceptación de este evento que aunque puede ser considerado anómalo está tomando impulso y bases jurídicas para existir, de manera que arraigarse a planteamientos sesgados lleva a que pese a que se dan formalidades para crear ámbitos de especial protección de los menores y este nuevo tipo de familia, desde implicados en el tema de la adaptación en adelante hacen uso de falacias y preconcepciones que dificultan el proceso de igualdad y adaptación material de los menores y sus familias a la sociedad.

Luis Miguel Hoyos Rojas en su texto “El método neo constitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales”³⁹, presenta la necesidad de reconocimiento jurídico, pero además; reconocimiento social de los avances que ha presentado la familia en la sociedad colombiana, devela la necesidad del derecho de familia de evolucionar a la par con la sociedad y la imperante necesidad de crear escenarios para que estas nuevas variantes de la familia tengan oportunidad de creación y desarrollo.

Es posible retratar la idea que se da durante el desarrollo del texto en cuanto al papel de la Corte Constitucional y el estatus jurídico que ha planteado y ha dado a los homosexuales oportunidad de tener los mismos derechos que los heterosexuales, dando primacía al derecho a la igualdad en materia de género en concordancia con la interpretación abierta al concepto de familia tradicional.

El problema político jurídico planteado con la existencia de nuevos tipos de familia ha obligado al derecho a valerse de principios como la dignidad humana y la igualdad, en aras de fijar líneas jurisprudenciales garantistas de los derechos de esta minoría y ha hecho necesario la ampliación de la doctrina y la interpretación de

³⁸ ANGULO MENASSÉ, Andrea, *et al.* Experiencia de familias Homoparentales con Profesionales de la Psicología en México, Distrito Federal, es una aproximación cualitativa. Cuicuilco. Revista de la Escuela Nacional de Antropología e Historia. Vol. 59. 2014 P.213. [consultado el 2 de marzo] Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/351/35131858010.pdf>

³⁹ HOYOS ROJAS, Luis Miguel. El método neo constitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales. Revista de Derecho Privado. Vol. 47. Universidad de los Andes. 2012. P. 21. [consultado el 19 de abril] Recuperado de: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri446.pdf

las leyes, así como, de la existencia en confrontación con las nuevas familias y formas de constituir una pareja emergente.

Más el tema de la discriminación no ha sido un escenario únicamente fomentado desde lo jurídico, ha presentado gran incidencia preconcepciones económicas, políticas e históricas, de ahí, que resulte difícil para la sociedad en general la aceptación de este hecho, lo que trunca la humanización real y efectiva y la dignificación de la persona sin ningún tipo de distinción en razón a algún rasgo, comportamiento o patrón diferenciado.

Los logros no han sido pocos pues hoy el derecho civil-privado se ha ajustado a las realidades sociales al punto tal de poder considerarse que gira entorno a la dignidad humana, garantizando a las minorías sexuales su plena capacidad para obtener un buen vivir y mutar en un ambiente de justicia, basados en la igualdad y la autonomía garantizadas por el Estado Colombiano.

En los resultados presentados en el texto “Líneas emergentes de investigación en las prácticas de trabajo social: la homoparentalidad”⁴⁰, se concluye como el hecho de una orientación sexual no sesga las preferencias ni sexuales ni de vida de un menor de edad, además; de presentar la importancia psicológica de crecer dentro de una familia, pues, es ésta realmente la única institución que tiene por función última y preferente la de dar afecto y apoyo emocional a los hijos, la de suplir la imperante necesidad en el crecimiento de todo menor de recibir amor, cuidado y cariño, que es lo que realmente diferencia la paternidad y la adopción de otras instituciones.

El texto en mención, deja claridad sobre la brecha que se abre constantemente entre los derechos y los hechos, pues, aunque hoy vemos que realmente la discriminación legal parece casi nula, las dificultades en la cotidianidad para este tipo de familias y sus hijos es notoria, aunque la integración social que intente generarse de a poco, es considerable, que este tema no ha avanzado como se ve en el plano legal. Es importante resaltar la referencia que trae dicho texto, de cómo aún en este plano de inmersión sobre el surgimiento de nuevos modelos de familia, la sociedad sigue contemplando que un menor que crezca dentro de una familia homosexual, crecerá con tendencias homosexuales y esto se tiene por incorrecto, obviando que la mayoría por no hablar de la totalidad de los homosexuales que tenemos hoy en

⁴⁰ DOMINGUEZ DE LA ROSA, Laura *et al.* Líneas emergentes de investigación en las prácticas de trabajo social: la homoparentalidad. Portularia. Vol. 12. 2012. [consultado el 13 de marzo] Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=161024437018>

nuestra sociedad crecieron en el seno de familia heterosexuales conformadas como la ley y la iglesia las ha concebido siempre.

Como punto final la lectura deja en comentario la importancia integradora y constructora de la educación, y como desde ella se generan escenarios de lucha por el respeto hacia la diferencia, recalcando la aceptación por la diversidad de pensamientos en una sociedad que por años ha trabajado por alienar de distintas formas a sus asociados.

El texto “Producción de evidencia psicológica en el debate jurídico sobre adopción gay en Colombia”⁴¹, presenta la importancia del campo de la psicología en los estudios prácticos en los que se sustenta la Corte Constitucional, y muestra como la psicología jurídica da pautas para que se generen avances como estos sustentados en certezas científicas.

Se resalta como el conocimiento que brinda la psicología, no siempre resulta ser soporte, sino da bases para generar debate sobre este tema, pues si bien es cierto cada línea del pensamiento defiende su tesis, a la Corte se le brinda el sustento para que pondere las situaciones fácticas que se presentan en el tema y los aportes científicos que las investigaciones arrojan. Lo más destacable del texto en mención es el ensamblaje que se genera de dos áreas del conocimiento que parecían lejanas pero que hoy gracias a la expansión y la articulación de las ciencias vemos unidas y en consonancia en todas las decisiones que tienen que ver con el orden social.

La aportación de la psicología a lo jurídico va más allá de presentación de estudios y resultados, sino que realmente brinda una herramienta para analizar la adopción por parte de familias homoparentales como una problemática que bien analizada, presentada y articulada podría dejar de verse como un fenómeno y encontraría análisis históricos y jurídicos basados en áreas del conocimiento que difícilmente se dejan permeable por la costumbre o los imaginarios colectivos.

También resulta importante destacar lo indicado en el texto del Doctor Moreno Villares José Manuel “La cara oculta de la adopción por parejas del mismo sexo”⁴², donde presenta con concreción los argumentos científicos que han servido de base en muchas instancias para descartar de plano o hacer una barrera para que se reconozca la adopción por parte de parejas homosexuales; deja el autor entrever su posición en cuanto a la necesidad de que la filiación que se dé con la adopción

⁴¹ MORENO, Paola. Producción de evidencia psicológica en el debate jurídico sobre adopción gay en Colombia. Universitas Psychologica. Vol.13. 2014. [consultado el 13 de marzo] Recuperado de:

<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revPsycho/article/view/7330/10203>

⁴² MORENO VILLARES, José Manuel La cara oculta de la adopción por parejas del mismo sexo. Revista Pediatría Atención Primaria. Vol. 7. 2005. [consultado el 5 de junio] Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=366638654013>

será certeramente igual a la que se dé cuando se establecen vínculos biológicos entre la familia, adopta la posición de aceptación género sin discriminación algunas pero mientras ello no suponga en ningún caso uniones homosexuales pues para él presentan un menoscabo a la institución de la familia y a lo que natural y religiosamente se ha considerado como normal. El autor en última instancia presenta como mejor opción la de optar por la procreación asistida en este tipo de parejas, desconociendo que la finalidad real de los debates de este tipo no es el derecho de los homosexuales a adoptar sino el tener el interés prevalente del infante como base en cualquier tipo de adopción.

Capítulo IV - Marco Referencial

14. Adopción

Se entiende por **adopción o filiación adoptiva**, al Acto jurídico en virtud del cual un adulto toma como propio a un hijo ajeno, con el fin de establecer con él una relación paterno-filial con idénticos o análogos vínculos jurídicos que los que resultan de la procreación⁴³.

El Código de Infancia y Adolescencia, se refiere a la institución en estas disposiciones, artículos 61 a 78 y 124 a 128; y en el 61 la define precisando que es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas extrañas, que no tienen esa relación por naturaleza: Adoptable y adoptivo. De forma sencilla se sabe que resultan del concepto claramente, un objeto y su esencia⁴⁴.

La adopción "es un proceso complejo y lleno de riesgos y dificultades", como dice Llopis Sala en el n° 61 de Papeles del Psicólogo pero, por lo menos, en la adopción podríamos intentar la utopía de dar a los niños aquellas figuras paternas que les conduzcan a una mayor armonía psíquica y a un mejor desarrollo evolutivo, buscando siempre antes los derechos de los niños que los supuestos derechos de los adoptantes. (No nos parece que haya un derecho a adoptar por parte de los adultos, pero sí un derecho de todo niño a tener padres adecuados, sean biológicos o no).

⁴³ Aceptación del término adopción, disponible en Wikipedia y recogido con una finalidad de ampliar posibles definiciones. Disponible en internet en: https://es.wikipedia.org/wiki/Adopci%C3%B3n#Concepto_de_adopci.C3.B3n

⁴⁴ Aceptación del término adopción, disponible en el Código de Infancia y Adolescencia, donde se aclara que la adopción no es un derecho sino el último medio de protección del menor.

15. Tipos De Familia:

La figura de la adopción tiene, precisamente, la función de otorgarle a los menores que carecen de un núcleo familiar estable, una familia en la cual puedan desarrollarse de manera normal para así poder crecer como personas sanas, y es, aquí donde la discusión se amplía al espectro de los diferentes tipos de familias, que aunque se vienen evidenciando desde hace mucho tiempo, solo han ganado visibilidad y aceptación recientemente.⁴⁵ La figura originaria de la familia conformada por un hombre y una mujer ha cambiado, mutado y adaptándose a la realidad social del mundo actual. Dentro de dichos cambios hemos encontrado familias monoparentales, es decir, las configuradas por un solo padre; la tradicional familia heterosexual y las homoparentales, es decir aquellas donde los padres son una pareja formada por personas del mismo sexo.

Es menester también, resaltar los múltiples tipos de familia que son reconocidos en la actualidad tales como las monoparentales (padres y madres cabezas de hogar) o aquellas donde los menores son criados por sus abuelos, tíos o por terceros que no tienen vínculo sanguíneo o civil como es el caso de las familias putativas.

Es con ello que se infiere que ni la procreación ni la heterosexualidad son requisitos indispensables para la constitución del núcleo familiar y que el matrimonio no es la única forma de constituirlo; por esta razón, incurre en error quien cree que al ser la familia un elemento básico de la sociedad, que solo a través del matrimonio se puede constituir la misma, debido a que, el matrimonio no es fundamental en la sociedad así como tampoco es la única forma de constituir vínculo familiar; pues con esto se desplaza y quita relevancia al punto de una clara omisión a las demás formas de familia que se ven día a día en la realidad social.

Capítulo V – Desarrollo de la Investigación

La unidad de desarrollo de la presente investigación es la prevalencia del derecho de los menores de acceder a un núcleo familiar, frente a la adopción entre familias homoparentales, teniendo como puntos de análisis las diferentes sentencias proferidas por la Alta Corte Constitucional encargada de salvaguardar los derechos de los nacionales, plasmados en la carta política de 1991; respecto a la adopción en parejas homosexuales y que han tenido una trascendencia jurídica, los estudios realizados desde una perspectiva teórica y psicológica, para determinar el

⁴⁵ MORENO VILLARES, José Manuel La cara oculta de la adopción por parejas del mismo sexo. Revista Pediatría Atención Primaria. Vol. 7. 2005. Pág. 83. [consultado el 5 de junio] Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=366638654013>

comportamiento de la población involucrada, la evolución del menor en este tipo de familias y la normatividad colombiana reguladora del tema citado.

Los sujetos que hacen parte del presente análisis, son las parejas homosexuales, es decir, aquellos núcleos familiares que se encuentran integrados por dos hombres o dos mujeres, el menor de edad (entendido de forma general, como sujeto de estudio) y las entidades estatales que regulan la adopción en Colombia. El caso presentado de forma general, es el planteamiento sobre la censura que se le ha realizado a las familias homoparentales a adoptar, presentándose un desconocimiento a la prevalencia que tiene el menor sobre su derecho a tener una familia. Por lo anterior, la tesis del presente documento se fundamenta con base en la primacía de los derechos de los menores en materia de la adopción homoparental, como medida de protección de sus intereses y salvaguarda por parte del Estado colombiano al ser sujetos de especial protección.

16. Desarrollo De La Adopción Como Mecanismo Restaurador De Derechos.

La legislación colombiana describe en su contenido las reglas y mecanismos necesarios para iniciar un proceso de adopción, además, el Estado se aseguró de salvaguardar la custodia de los menores sin hogar, estableciendo en cabeza de una Entidad la capacidad de cuidar y emprender los derechos de la niñez que por diferentes circunstancias no gozan de una familia. La ley 1098 de 2006⁴⁶ y normatividad reglamentaria adicional, son las encargadas de regular y establecer las pautas fundamentales en materia de adopción, por ser el menor el eje primordial en este proceso y quien goza de especial protección por parte del Estado. Dentro de las regulaciones estipuladas en la norma, se establece que el proceso de adopción estará a cargo del Estado y, por ende, es el responsable de que a los menores de edad que han quedado desprotegidos del núcleo familiar, se les pueda garantizar un mínimo de derechos. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), es la Entidad que en cabeza del Estado colombiano se encarga de cumplir con la protección designada a los niños, niñas y adolescentes, con el fin de garantizar de forma íntegra, el desarrollo y crecimiento personal de estos.

Aunque la normatividad mencionada anteriormente es la principal fuente en el tema de adopción, cabe la necesidad de mencionar que existen otras regulaciones legales que complementan y ayudan a mantener por encima la prevalencia del menor, como lo es la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien ha sido la principal garante de los derechos fundamentales de los colombianos y en este caso de los menores de edad; los tratados internacionales ratificados por Colombia en

⁴⁶ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1098.2006. Diario Oficial 46446 Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes; y los fallos proferidos por las Cortes internacionales que sirven como mecanismo de interpretación de las normas nacionales cuando se tiene incertidumbre frente a la existencia de un derecho.

Las entidades que intervienen en el proceso de adopción, deben regirse bajo los parámetros establecidos, teniendo en cuenta no solo la normatividad, sino también, el conglomerado del bloque de constitucionalidad que existe al respecto, debido a que, no pueden desviar el objetivo principal de este mecanismo, el cual consiste en permitirle al menor el respeto y cumplimiento de sus derechos. El uso de esta medida debe ser la idónea para que se dé el restablecimiento de derechos que fueron vulnerados en alguna etapa de la infancia del niño y lograr así, la finalidad trazada con la creación de la adopción⁴⁷.

Dentro de los datos recolectados por parte de la entidad delegada por el Estado como protectora de los derechos de la infancia y la adolescencia (ICBF-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) en materia de adopción, estadísticamente se demuestra una disminución en dichos procesos, teniendo en cuenta que en periodos anteriores, los datos indican que de un promedio de 4.000 niños disponibles y aptos para adoptar (que se encuentran bajo el cuidado del ICBF), en promedio solo 1.200 niños acceden a una familia adoptiva⁴⁸. Estas estadísticas muestran la existencia de un déficit en la aplicación de la medida, debido a que, hay menores a la espera de una familia, el proceso de la adopción es limitado y complicado para quien lo inicia.

La Corte Constitucional, al ser la máxima protectora de los derechos en Colombia, se ha pronunciado frente a la materia y ha determinado que al ser el menor el sujeto a quien se le ha desconocido y vulnerado sus derechos, y la adopción como uno de los mecanismos de restablecimiento de los mismos, es obligación de las entidades encargadas de tramitar la misma, tener en cuenta la prevalencia del derecho del menor de acceder a una familia. Partiendo de lo anterior; fue así como la Alta Corte abrió las puertas a nuevas formas de familia, diferentes a la heterosexual y permitir así un margen más amplio para el acceso de un menor a un núcleo familiar; uno de ellos fue la aceptación de la adopción homoparental, debido a que; mediante diferentes pronunciamientos realizados por la misma, frente a la interpretación de la normatividad reguladora de dicho trámite, señaló que bajo la prevalencia de los derechos de los menores, la orientación sexual de los padres adoptivos, no es factor determinante para impedir que el niño pueda desarrollarse y crecer.

⁴⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-071. 2015. Referencia: Expediente D-10315

⁴⁸Para mayor información consultar: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF>

Se hace necesario entonces, agregar como referentes de información los diferentes escritos realizados por diferentes estudiosos del tema tratado, en el entendido que los análisis realizados en escritos científicos e investigaciones, han demostrado que la adopción es el mecanismo idóneo para restablecer los derechos a aquellos menores que por encontrarse en una situación de vulnerabilidad, han visto un detrimento y hasta la pérdida de los mismos. Aquí surge la pregunta ¿la ampliación del trámite de la adopción a familias homoparentales, contemplada como una herramienta para permitirle al menor crecer bajo la protección de una familia es idónea?; Para dar respuesta a lo interrogado, es necesario fundamentarse en estudios realizados por la ciencia de la Psicología (en este caso quien se encarga de estudiar el comportamiento humano), debido a que en pronunciamientos hechos por otros países frente al problema planteado, ha sido pieza clave para determinar la afectación que sufre el menor al crecer en una familia no convencional.

En el contexto colombiano, no existe unanimidad de pensamiento frente a la adopción por parte de parejas homosexuales, debido a que los organismos encargados de regular esta materia y la sociedad no están de acuerdo primero con el modelo de familia homosexual y segundo, con el permiso otorgado a las familias homoparentales adoptar.

El ordenamiento jurídico colombiano no prohíbe de forma tácita este tipo de adopción, sin embargo; tampoco es claro al indicar si es permitido, por esta razón, mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional, se hizo necesario tutelar los derechos de las personas homosexuales y en general de la comunidad LGBTI, para que esta se pronunciara al respecto y realizara una interpretación correcta de la ley.

La opinión general manifiesta su desacuerdo respecto a la adopción en parejas homosexuales; lo cual se ha demostrado por medio de encuestas realizadas en el año 2015⁴⁹, donde la ciudadanía nacional manifestó en su mayoría la negativa y la no viabilidad de la medida al permitir a este tipo de parejas la crianza de un menor.

Debido a lo anterior, la Corte Constitucional puso fin a la discusión al determinar que este tipo de adopción desarrollaba de forma idónea el restablecimiento de los derechos del menor y le permitía ser parte de un núcleo familiar; haciendo la salvedad que se mantiene la prevalencia del derecho del menor. Por otra parte, señala el tipo de interpretación que se le debe dar al Código de Infancia y Adolescencia, para que, al momento de iniciarse un proceso de adopción ante el

⁴⁹ Para mayor información consultar: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/encuesta-ipsos-napoleon-franco-colombianos-se-opone-a-la-adopcion-de-parejas-gais/15682575>

ICBF, no se restrinja a los padres adoptantes iniciar el mismo por tener una orientación sexual diferente a la heterosexual⁵⁰.

La adopción en familias homoparentales, es un tema que involucra al menor, a la pareja homosexual, a la entidad encargada de otorgar dicho permiso (ICBF en la etapa administrativa) y al juez (en etapa judicial). Al ser un menor de edad uno de los sujetos participe en el proceso en mención, la sociedad se involucra de forma indirecta, manifestando su opinión respecto al tema. Aunque actualmente existe jurisprudencia y normatividad que reafirman la adopción por parte de parejas del mismo sexo, en la práctica aún falta la aceptación a estas nuevas formas de familia, dado que, en una sociedad conservadora y moralista como la colombiana se está en una constante lucha de tolerancia y respeto por las formas de pensamiento diferentes a las convencionales. Aún falta conciencia y enseñanza ciudadana que ratifiquen dichas posturas jurídicas, pues lo importante dentro de la adopción es la prevalencia del derecho del menor a formarse en un entorno familiar.

Sin embargo; existen diferentes opiniones fuertes y trascendentales frente a las nuevas concepciones de vida que presenta la comunidad LGBTI, las cuales toman fuerza vinculante al provenir de sectores políticos influyentes del gobierno, los cuales han frenado la práctica de los derechos reconocidos a esta minoría. Gracias a estigmas morales reflejados en las concepciones de quienes deberían velar de igual forma por los derechos de todos los ciudadanos y se consagran en la producción de las normas, ha sido más difícil lograr avanzar en la lucha contra la desigualdad y discriminación legal que ha venido presentando a lo largo de los años, puesto que, aunque Colombia se caracteriza por tener una de las constituciones más garantistas de Latinoamérica, la aplicación de la misma no es tan coherente a lo plasmado en el papel.

Por otra parte, existen diferentes teóricos que reflejan diversas opiniones respecto al tema en mención, donde muchos manifiestan su inclinación hacia la aprobación de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, ya que esta, al no repercutir de manera dañina o perjudicial en el desarrollo del niño, puede ser considerada un mecanismo viable para permitir a los infantes que no se encuentran bajo el seno de una familia, poder pertenecer a una.

A lo largo de las teorías planteadas, se pueden identificar ejes de análisis fundamentales que permitan plantear los escenarios en los cuales se puede desenvolver la adopción por parte de parejas de igual sexo. Como punto de partida, se encuentra el nivel de afectación que se puede dar en un menor criado por parte

⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-071. 2015. Referencia: Expediente D-10315

de parejas del mismo sexo respecto a su desarrollo sexual, debido a que al crecer en un ambiente donde sus padres son por personas con una diversidad sexual, este pueda llegar a desarrollar la misma tendencia sexual. Otro planteamiento, es el desarrollo ético-moral del menor, teniendo en cuenta que al tener la sociedad un patrón de comportamiento establecido como el “ideal”, el niño que se críe en un hogar homoparental, podría llegar a desarrollar ideas que no se enmarquen dentro del pensamiento común, y esto podría llegar a afectar su relación con el entorno social fuera del núcleo familiar; creando así, un ambiente discriminador hacia el menor y afectando su correcto desarrollo psíquico y físico.

Frente a la implementación de esta nueva concepción de vida y forma de constituir familia, se deben analizar tanto factores jurídicos como sociales, ya que es primordial identificar dentro de un determinado contexto social, la capacidad de una sociedad de aceptar e introducir nuevas formas de pensar, para así concluir si la medida que se intenta implementar, es idónea y eficaz. Colombia cuenta con un alto nivel de diversidad cultural, es por ello que la Constitución de 1991 plasmó dentro de su articulado un catálogo de derechos basados en el principio de dignidad humana, para que cada uno de sus nacionales, tuviera las garantías necesarias, para que cuando se vieran afectados sus derechos, existieran mecanismos capaces de hacer efectivos los derechos vulnerados.

Apegándonos a la realidad, se evidencia factores de desigualdad en la efectividad de las normas, ya que, aunque la ley es clara al plasmar el fin que pretende, se conoce de varios casos en los que menores de edad han crecido en el seno de una familia homoparental, pero no han podido ejecutar sus derechos de forma plena a consecuencia de las interpretaciones erradas de la misma. Por otra parte, se ha demostrado como niños, niñas o adolescentes han crecido en el seno de una familia homoparental sin ningún perjuicio social o moral, permitiendo así un avance el tema planteado en el presente escrito. Es por esto, que la comunidad LGBTI ha motivado a los sectores políticos a ver esta nueva forma de familia, como un mecanismo que podría ayudar al menor a restablecer esos derechos que ha perdido, al ser privado de un núcleo que le brinde amor y valores que le permitan un correcto crecimiento.

El menor es quien debe prevalecer ante cualquier situación de vulneración de derechos, sin desconocer que para que se dé un correcto desarrollo del mismo, este debe ser guiado y acogido por un hogar, capaz de satisfacer las necesidades que presente un menor en las etapas de su crecimiento. Por consiguiente, el niño, niña o adolescente que por diferentes circunstancias ha sido separado de su familia natural, el Estado debe buscar los mecanismos que le permitan volver a restaurar esos derechos vulnerados; de ahí, la finalidad de la adopción como medida restauradora de derechos de los menores.

La adopción homoparental no debe ser vista como una exigencia que solicita la comunidad LGBTI al Estado, si no, como una ampliación a una medida que dará un mayor grado de eficacia a la misma, teniendo en cuenta que permite la posibilidad de que muchos de los menores que se encuentran a la espera de una familia adoptiva, puedan ser parte de un núcleo familiar convincente y vivan la experiencia de crecer al lado de personas que le permitirán un mejor desarrollo personal, que aquel que le pueda brindar directamente el ICBF bajo su cuidado.

Los argumentos presentados anteriormente como posibles alternativas a la solución del problema planteado respecto a la aplicación de la adopción homoparental, permitirán definir si esta medida es idónea y necesaria, ya que no se puede desconocer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y si esta opción llegase a violentarlos, lo indicado no podría ser el mecanismo adecuado para que un menor pueda recuperar y ejercer muchos de los derechos que le han sido reconocidos, por ser sujeto de especial protección, y que no ha podido disfrutar por encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

17. ¿Cómo la adopción homoparental desarrolla la prevalencia del derecho del menor a tener una familia?

El principio del interés superior del niño se ha convertido al pasar de los años, en un principio de amplia aceptación a nivel internacional, debido al papel fundamental que tienen los niños y niñas frente al desarrollo social, es por esto que tanto las comunidades nacionales como internacionales se han preocupado por proteger a estos sujetos de especial protección, toda vez, que pertenecen a un grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad, por no tener la capacidad de sobrevivir por sí mismos, si no por el acompañamiento de un grupo determinado de personas que se encargará de su cuidado y correcta educación propendiendo por su máximo bienestar, conocido como familia. El primer referente de éste podría situarse en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde la mayoría de los países del mundo⁵¹ y Estados parte, con posterioridad a la ratificación de este, adquirieron el deber de dar desarrollo a la norma en mención, obligándose a su estricto cumplimiento, implicando una protección máxima por parte tanto de las organizaciones internacionales, como de los Estados.

Históricamente los niños han sido una población que por su condición misma se ven enfrentados a situaciones que los ubica en una posición donde es latente la amenaza de que sus derechos fundamentales se vean menoscabados; por ello todo el Estado debe velar porque que cada menor, dentro de su territorio, goce de una

⁵¹ Op.cit. P.12

vida digna, y disfruté de la concreción de todos sus derechos, de modo que logré desarrollarse como una persona sana y capaz de ser útil para su sociedad; en el caso colombiano, se requiere con mayor grado de necesidad, encontrar mecanismos que permitan la garantía de estos derechos, debido al grado de violencia e inequidad que se da en el país, desde hace varias décadas hasta la actualidad; por lo mismo, no es de extrañar la existencia de múltiples casos en los cuales se encuentren menores de edad en estado de orfandad, a consecuencia de la realidad social carente de garantías.

Un ejemplo de esto, lo podemos encontrar, no solo a los niños y niñas en situación de orfandad a causa de la violencia, sino también; aquellos menores que se encuentran institucionalizados en el ICBF por otros motivos, como aquellos niños y niñas que a pesar de la existencia de su núcleo familiar, por razones en la mayoría de los casos socioeconómicas, este no puede asegurar unas condiciones mínimas de vida para el menor, y es por ello, que el Estado toma bajo custodia a estos menores con el fin de brindarles nuevamente una familia que se encuentre en la capacidad de garantizar las condiciones de vida que deben tener los niños y niñas para su correcto crecimiento.

Debido a la ampliación que jurisprudencialmente se le ha dado al derecho a tener una familia, se entiende que con el hecho de separar a los menores de su hogar a consecuencia de diferentes circunstancias, se hace necesario garantizarle a cada niño y niña su derecho a pertenecer a la misma y crecer dentro de un ambiente sano por haber sido víctima de una vulneración que lo afectó en su correcto desarrollo. Al ser éste un derecho fundamental, debe gozar de especial protección y es deber del Estado accionar todas las herramientas para la garantía efectiva del mismo.

En primer lugar, es importante destacar que el interés preferente del menor está provisto como un principio garantista, y es por esto que toda decisión donde se vean involucrados los niños y niñas, necesariamente debe motivarse por conexidad a dicho principio, velando por la garantía de todos y cada uno de los derechos del menor. De ahí, que su amplitud y trascendencia se de bien sea desde la esfera legislativa, judicial e incluso hasta de las autoridades y establecimientos públicos y privados. En este sentido ni siquiera los padres o tutores del menor tienen derechos ilimitados sobre él, pues siempre primará el cumplimiento sus intereses por su calidad de sujetos titulares de una particular protección por parte de la norma constitucional, y el constante afán tanto de la comunidad internacional como los estamentos locales de protegerlo de los abiertos abusos que diariamente se ven concretados en la sociedad.

El interés superior del cual son titulares los niños y niñas es una regla primordial para la interpretación, que actúa además como argumento base para la resolución de choque de principios, derechos y conceptos que se presentan en correspondencia a otros derechos de los menores. La superioridad del interés de la infancia como precepto de interpretación, es necesario que sea entendida como una totalidad, pues no es posible una protección de los derechos limitada o parcial, como se venía realizando en el entendido de que los menores solo podían ser adoptados por parejas constituidas por un hombre y una mujer, pues esto disminuye la probabilidad de adopción debido a que se descartaban posibles adoptantes capaces de brindar el núcleo familiar que el Estado debe garantizar a cada menor.

En definitiva, los derechos de los niños y niñas no persiguen un fin distinto que el de dar al menor una calidad de vida digna y asegurar unas garantías mínimas de desarrollo, dentro de un ambiente sano y que le permita crecer de acuerdo a unas condiciones físicas, psíquicas y económicas estables, por ser estos sujetos en estado de vulnerabilidad y especial protección; estos derechos aunque coexistan con otros, siempre tendrán más peso al realizar un juicio de ponderación y con ello, no se afecta el núcleo esencias de los demás derechos, pues lo que se busca es la protección de la persona que se encuentre en estado de vulnerabilidad, y un menor solo por el hecho de serlo, está en dicha condición de manera constante.

Pese a todo, éste resulta ser un principio de difícil comprensión y aplicación dado a su carácter difuso, impreciso y amplio; en este sentido es relevante puntuar que no puede ningún Estado permitir, que explicaciones de carácter contrarias a derecho se conviertan en excusa o justificación para la toma de decisiones contrarias y que perjudiquen los derechos de los niños, niñas y adolescentes; tal es el caso de los prejuicios que se ven en el argot social, frente al reconocimiento de las familias diversas por cuestionamientos de carácter religioso, moral e incluso político, cuyo único efecto es el retardo en la protección de la infancia y la adolescencia, configurando pues una violación constante e injustificada, cuyas únicas víctimas son los menores que se encuentran a la espera de ser adoptados.

El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia⁵² establece que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos” tienen fuerza vinculante y que se prohíben su limitación en los Estados de Excepción, por prevalecer dentro del orden interno, por ser parte integra del bloque de constitucionalidad; por esto, el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia⁵³ define como regla de interpretación y aplicación que “*las normas*

⁵² COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991. Art 93.

⁵³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA.LEY 1098,2006. Diario Oficial 46446. Mediante el cual se expide el Código De La Infancia Y La Adolescencia.

*contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*⁵⁴. Para el caso en particular se trata del derecho del niño de acceder a una familia y a no ser separado de ella.

De acuerdo a lo planteado por Silvia Juliana Pradilla⁵⁵ en su texto “Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella” el interés superior del cual gozan los menores debe ser aplicado de manera preferente, sobre los derechos de los demás nacionales en todas y cada una de las esferas de la realidad social, en razón a su característica de personas de especial protección por parte del Estado. Lo anterior, permite abrir las puertas a una interpretación amplia sobre las nuevas nociones del concepto de familia, dando un mayor alcance, protección y adquisición de derechos y obligaciones a la familia homoparental frente a la sociedad.

Es por ello que, en los casos bastante recurrentes, donde se encuentre un derecho en disputa con otro derecho perteneciente a un menor, se hace obligatorio el ejercicio de ponderación, en donde deberá primar el derecho del menor por sobre su contraparte. Al caso tratado particularmente en el presente escrito, se hace necesario pues, realizar la ponderación entre el derecho de acceder a una familia cuyos titulares son los menores y cualesquiera sean las normas o principios que les sean contrarios, en donde deberá primar siempre el interés del menor, tal cual como sucedió en la decisión de la Alta Corte Constitucional en noviembre del año 2015. Con dicha decisión, la Corte asegura el cumplimiento de uno de los fines del Estado, el cual es garantizar ejercicio libre y pacífico de los derechos y principios consagrados en la Constitución política de 1991.

En este mismo texto la autora se remite al artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁵⁶ el cual se había citado en precedencia; Con esto se demuestra que múltiples académicos han tomado como base la interpretación

⁵⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 1098, 2006. Diario Oficial 46446. Mediante el cual se expide el Código De La Infancia Y La Adolescencia

⁵⁵ PRADILLA RIVERA, Silvia Juliana. Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2011. P. 332. [consultado el 16 de agosto de 2016]

Recuperado de: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/1509/1411>

⁵⁶ UNICEF. COMITÉ ESPAÑOL. JUNIO. 2006. Art.3 P.10. Citado por PRADILLA RIVERA, Silvia Juliana. Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2011. P.8

que se da del mentado artículo y que es consistente en que los menores gozan de una especial protección por parte de los Estados miembros, y que dichos Estados están obligados a que, en cada una de sus decisiones, bien sea desde el ámbito público o privado, se debe procurar la protección al derecho de la infancia y la adolescencia y evitar la vulneración de los mismos.

Confirmación de lo anterior, se ve como referencia en Colombia con la Ley 1098 del 2006⁵⁷, que, dentro de su articulado, específicamente en el numeral 8º establece que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”⁵⁸, estableciendo así, la primacía que tienen los menores respecto a los demás sujetos de derecho, y la obligación tanto social como estatal de brindarle el mayor grado de protección a los mismos, para que puedan desarrollar cada uno de los aspectos que se involucran dentro de su crecimiento y desarrollo, y poder así, garantizar la base del crecimiento social y nacional.

En este punto cabe traer a colación lo determinado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-309/08⁵⁹, en donde se determinó que “las políticas públicas de infancia, adolescencia y familia, se rigen por el interés superior del menor, la prevalencia de sus derechos y la necesidad de velar por su protección integral, dentro de criterios de equidad, solidaridad, participación social y complementariedad”, lo cual permite inferir, que es deber del Estado realizar todo lo que se encuentre a su alcance para dar cabal cumplimiento a la defensa y protección de los derechos de los menores y de igual manera coartar cualquier intento de violación, abuso o injusticia que se pueda llegar a producir contra ellos. Ello implica que la población infantil y adolescente son personas poseedoras de derechos especialísimos y con esa característica la esfera en la que permanecen se encuentra alejada de la del resto de personas, lo que implica su individualidad como sujetos de derecho, ergo, las decisiones que se tomen y afecten a los menores deben realizarse velando por la protección del menor y no por preceptos fundamentalistas de tipo religioso o político.

La adopción es una institución regulada por el Estado colombiano mediante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF, lo cual encuentra fundamento en la ley 1098 del 2006 y la Constitución de 1991. En el articulado constitucional, se enmarca como derechos fundamentales y de especial protección, los que se encuentran en cabeza de los niños, y por esta razón, el Estado tiene la obligación

⁵⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 1098, 2006. Diario Oficial 46446. Mediante el cual se expide el Código De La Infancia Y La Adolescencia. Citado por PRADILLA RIVERA, Silvia Juliana. Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2011. P.8

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-309/08. Referencia: EXPEDIENTE T-1.504.257

de realizar todo lo necesario para hacer efectivos los mismos. De esta manera, la legislación colombiana realizó el articulado normativo pertinente para permitir la protección y primacía de dichos derechos.

Así, la adopción se estableció como una medida de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, y que desarrolla el derecho del niño a tener una familia que cuide y promueva su desarrollo físico, intelectual y psíquico. Lo anterior, como forma de establecer que la adopción es solo una forma de desarrollar la sana integridad del menor, y no es quien opta por esta medida, quien tiene el derecho a adoptar; por esta razón, la norma es clara al precisar, los requisitos necesarios para acceder a esta.

Es así, como la adopción homoparental no intenta beneficiar a la comunidad LGBTI, si no que permite a un mecanismo ser ampliado en su aplicación en pro de la prevalencia que tiene los niños por ostentar esta calidad, y desarrollar de forma correcta y eficaz, la garantía constitucional y obligación internacional, de mantener a los menores dentro del mínimo de sus derechos, es decir, que la viabilidad de la adopción igualitaria no es una medida de reconocimiento de derecho de una comunidad, sino una ampliación de la medio proteccionista del derecho a la familia del menor, al aumentar el volumen de personas habilitadas para solicitar la adopción, amplificando el número de probabilidades del infante de ser adoptado.

Diferentes sectores de la sociedad, mantienen su punto de vista, al decir que la adopción homosexual no es la forma adecuada de brindar al menor una familia, debido a los problemas que podría presentar en su desarrollo psíquico. Complementando lo anterior, también fundamentan sus opiniones en valores morales y ético sociales, que se estarían desconociendo al aceptar este tipo de familias, adicionalmente se tiene la creencia de que la crianza por parte de familias homoparentales afectaría de alguna forma la identidad sexual del menor, pues se estima que para el correcto desarrollo del menor es necesario que existan las figuras tanto femenina como masculina representadas por padre y madre. Estas concepciones, son erróneas, debido a que diferentes sociedades del mundo, han optado por aplicar la medida de la adopción tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, sin ningún tipo de afectación en el menor; en contraposición a este imaginario, cabe destacar que las familias homoparentales existían mucho antes de que tuviera a lugar la discusión frente a la adopción igualitaria, y que, en la mayoría de los casos, al igual que los resultados arrojados por múltiples investigaciones, se evidencia que los menores criados por parejas del mismo sexo al llegar a su adolescencia y adultez, presentan orientaciones sexuales diversas, que pueden ir desde la heterosexualidad, pasando por la bisexualidad y hasta la homosexualidad;

destacando así que la crianza por parte de parejas del mismo sexo, no es realmente un factor que determine a ciencia cierta la preferencia sexual de quien es adoptado.

Es así como, dando respuesta a la pregunta de la presente investigación se toman los diversos escritos, los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional referentes a la prevalencia del derecho de los niños y derechos de la comunidad LGBTI, el bloque de constitucionalidad y los estudios psicológicos, partiendo en lo que respecta del derecho que tiene toda persona a tener una familia.

Es claro para la alta corporación que los derechos de la infancia y la adolescencia tienen una especial protección, lo cual fue plasmado en el inciso tercero del artículo 44 de la carta política de 1991⁶⁰ y por ende debe velar de manera constante por cuidar al menor, el cual es un sujeto de vulnerabilidad e indefensión; igualmente la sociedad también debe propender por un adecuado cuidado de los menores. Sin embargo, es claro en vista de lo que sucede día a día, que existen menores que sin estar bajo el cuidado del Estado son forzados a trabajar en las calles, otros que si están bajo el esquema de cuidado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no siempre tienen un adecuado cuidado por parte de este, lo que permite concluir que la institución no está en capacidad de cuidar adecuadamente a todos los menores que ingresan a su sistema, y teniendo en cuenta que cuyo número va en aumento, debido a las altas tasas de embarazos adolescentes, padres que no son idóneos para tener a cargo a un menor quitándoseles su derecho, al igual que aquellos que quedan en estado de abandono u orfandad por consecuencia del contexto social colombiano.

Es así como se puede concluir, que aunque el Estado cuenta con instituciones que propenden la protección y cuidado de los menores, su capacidad de cobertura no es total, y por eso, existe la necesidad, de implementar otro tipo de medidas que no permitan un mayor grado de desprotección en la infancia, si no por el contrario, permitan ampliar el margen de cobertura, y así poder brindar el mayor grado de acompañamiento a cada uno de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y sin ninguna clase de cuidado y garantía de sus derechos.

En pronunciamientos como en la sentencia T-511 de 2011⁶¹, la Corte ha determinado que es deber del Estado y de la sociedad la protección del menor para su correcto desarrollo, este planteamiento no solo es establecido por la Corte, sino también es manifestado por tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, tal es el caso, de la convención de los derechos del niño, en cuyo

⁶⁰ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. 1991. Art. 44.

⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-511.2006. Referencia: expediente T-1317316.

artículo tercero se pone de manifiesto a los Estados que en la toma de sus decisiones debe ponerse y darse el estudio adecuado al interés superior del menor siempre y cuando este se vea afectado por las mismas⁶². Este pronunciamiento permite, dar convicción frente a lo que se viene planteando, y es ver la medida de adopción homoparental como una forma cumplir presupuestos legales consagrados no solo en normatividad nacional, si no en Convenios internacionales de carácter vinculante para Colombia, por ser parte del Bloque de Constitucionalidad.

Esta interpretación aplicada dentro de la práctica jurídica colombiana, orienta a los jueces en la toma de sus decisiones cuando se trate de alguna afectación que pueda darse al menor, por lo cual, se desarrollaron criterios con el fin de resolver el litigio siempre con miras a la prevalencia del derecho del niño. Dentro de estos criterios podemos nombrar el que se encuentra plasmado en la sentencia mencionada en precedencia y que responde al nombre de “la garantía del desarrollo integral del menor” el cual busca el adecuado desarrollo físico, psicológico, moral y ético del infante, por ende el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar junto con los jueces de la república, deben asegurarse al momento de realizar el análisis de idoneidad (para el caso del ICBF), que efectivamente la persona cumpla con los postulados determinaos en la ley y que sea adecuado para adquirir la custodia de un infante; por parte de la rama judicial un seguimiento y control con ayuda del ICBF para garantizar el acompañamiento al menor y verificar su desarrollo progresivo y armónico del cual es acreedor.

En vista de dicha afirmación se considera que es la familia la ideal para dicha tarea por ser este núcleo quien enfatiza su atención y afecto al menor o menores dentro de su grupo, a diferencia del trato dado por el estado que se limita a la manutención y educación del menor, pero delega o brinda de forma precaria la atención y afecto requeridos por el niño para su adecuado desarrollo, teniendo en cuenta que el volumen manejado dentro del estado colombiano frente a la cantidad de niños que se encuentran bajo la institucionalización, es decir, que están al cuidado del “Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, no le permite brindar un acompañamiento personalizado ni una atención focalizada e individualizada, haciendo más difícil el desarrollo y el concepto de sí mismo que tiene cada niño. Esto genera conflictos emocionales dentro del que está en espera de adopción, produciendo daños que repercuten en su comportamiento y en su autoestima.

En lo que respecta al tema de la adopción por parte de parejas homosexuales, el ítem que ha causado controversia ha sido el que respecta al desarrollo psicológico del menor y que ha generado dos posiciones frente al tema, donde una manifiesta

⁶² Op. Ci. P. 11

que el desarrollo del menor no se ve perjudicado por la orientación de sus adoptantes, y la otra donde se afirma que la identidad de género del niño o niña puede verse afectada al ser criados por padres con una orientación homosexual.

Este criterio ha sido desarrollado por distintas personas e instituciones con el fin de llegar a una respuesta definitiva que finiquite esta discusión; entre quienes estudiaron dicho aspecto encontramos a autores como Eva Builestrella y Marian Rabasot, psicólogas, quienes junto a dos profesionales más escribieron el texto “la adopción por homosexuales⁶³” donde afirman que es la familia el núcleo ideal para que un menor se convierta en un adulto sano; toda vez, que es la familia quien da el soporte psicológico y emocional que impide que los menores entren en un estado de depresión al sentirse abandonados y no apreciados, síntomas que pueden desencadenar en problemas comportamentales como agresividad, falta de autoestima y hasta en actividades autodestructivas como la anorexia.

En este punto, es debido mencionar que la adopción actualmente está concebida como aquella figura mediante la cual se le brinda una familia a un menor que por diversas circunstancias carecen de ella, y es aquí donde se destacan los diversos tipos de familia que en la actualidad existen como son las familias monoparentales, aquellas donde los adoptantes son familiares del menor como tíos, hermanos mayores, abuelos entre otros. Igualmente, existe la familia tradicional conformada por una pareja heterosexual y las familias diversas como la homosexual que, aunque careciera de reconocimiento legal, en la práctica existe y de la cual la Honorable Corte Constitucional se ha manifestado en múltiples ocasiones siempre propendiendo por el desarrollo y la buena educación del menor, reconociendo los derechos de los niños y niñas a no ser alejado del núcleo familiar del cual hace parte.

También está el autor, Francisco Granados Pérez⁶⁴, psicólogo, quien plantea en principio que el ambiente ideal para la crianza de un menor es el que da la familia tradicional, basando su afirmación inicial en el argumento de que es en esta donde a medida que el menor crece, adopta su identidad sexual frente a lo que “se es” e igualmente la desarrolla frente a lo que “no se es” siguiendo los planteamientos de sus colegas que tienen como base primigenia de su argumentación, la necesidad de que dentro del núcleo familiar existan, las figuras de padre y madre. Pues ello contribuye a que el niño a temprana edad comience a disociar y a diferenciar su género. Sin embargo, este profesional de la Psicología también resalta el hecho de los cambios que ha presentado la sociedad hoy en día en dónde hace mención a

⁶³ Op. Cit. P.12.

⁶⁴ Op. Ci. P. 13

los diversos tipos de familia existentes y donde existen personas que pese a ser criados por parejas del mismo sexo, su identidad sexual no es semejante a la de aquellos; lo que le lleva a concluir que es necesario estudiar cada caso en particular y determinar tanto las necesidades del menor como lo que cada pareja pueda brindarle a su desarrollo sin que sea un obstáculo la preferencia sexual de los adoptantes.

Esto permite inferir que, aunque no existe una respuesta clara frente al planteamiento de la orientación sexual del menor en relación a su crianza por parejas homosexuales, los hechos han demostrado que es posible que dicha identidad se desarrolle de manera normal e independientemente de la preferencia sexual de los padres, dado que, el hecho de que el menor sea adoptado implica a su vez que mantendrá contacto no sólo con sus padres sino también con el resto del núcleo familiar de aquellos, donde pueden existir, primos, primas, tíos, tías abuelos y abuelas, lo cuales pueden llegar a suplir la necesidad de figuras femeninas y masculinas, pues el menor igualmente mantendrá una vida social bien sea en su hogar o en su entidad educativa, que le servirá para poder desenvolverse en la realidad social y así llegar al planteamiento de los profesionales en psicología respecto de la disociación frente a lo que se es y lo que no se es.

De conformidad a lo anterior, es justamente por la existencia de los múltiples arquetipos de familia que se determinó que el Estado colombiano debía reconocer la adopción por parte de parejas del mismo sexo, ya que estas hacen parte de la sociedad actual y existían mucho antes de que se iniciara el debate legal sobre los derechos u obligaciones que podían contraer. Se evidenció el caso de aquellas familias donde uno de los padres era biológico y su pareja quien es del mismo sexo, cuida y vela por el correcto crecimiento del menor, e igualmente es la única que carece de validez legal puesto que las demás gozan de cierta protección por parte del Estado colombiano incluyendo a las familias monoparentales, siendo que, las familias conformadas por parejas homosexuales están acorde con el concepto de familia, dada por la Corte y el cual denomina como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”⁶⁵, por esto se deduce, que una familia homoparental también sigue las características afectivas y vivenciales de un núcleo familiar heterosexual y por ende, también necesitan de protección legal y estatal para llegar a cumplir con las obligaciones que como núcleo familiar nacen de la convivencia y relación afectiva que los une.

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-821. 2005. Referencia: expediente D-5666.

Con esta definición es claro que cualquier tipo de vínculo que está fundado en el amor, el respeto, la solidaridad y que tiene unidad de vida entre un determinado grupo de personas, que conforma una familia, incluyendo a las que están conformadas por parejas homosexuales, a diferencia de lo que se consideraba antes como familia, que era la unión entre un hombre y una mujer con el fin de procrear cuyo medio de materialización era el matrimonio. Hoy en día se entiende que el matrimonio no es la única vía para constituir familia, es por ello que se aceptan figuras como las uniones maritales de hecho y a las cuales se les da valor de familia⁶⁶. Partiendo de este precedente, es como bajo el derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad, la comunidad LGBTI no debe ser tratada de forma discriminatoria al momento de dar aplicación de las normas, ya que, estas personas configuran al igual que las personas heterosexuales los mismos derechos u obligaciones estatales; y al dárseles un trato distintivo, solo se promueve la discriminación y no aceptación por la diferencia, lo cual violaría de forma directa, uno de los principios constitucionales.

Acorde con este pronunciamiento se encuentra el Dr. Estrada Vélez⁶⁷ en su escrito “Familia, Matrimonio y Adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y los menores a tenerla”, quien manifiesta que la definición de “familia” se ve dificultada cuando existen ambigüedades tanto en el ámbito lingüístico como de las múltiples definiciones que dan diversas ramas del derecho al concepto. Es por esto, que la Corte Constitucional ejerció la facultad de dar una correcta interpretación del concepto convencional que se tenía de familia, ampliándolo para que se pudiera ajustar a la realidad social, y no dejar sin protección a las familias que no se encontraban bajo espectro de núcleo familiar conformado entre hombre y mujer. Al ser la Constitución la carta garante de cada uno de los derechos de los colombianos, su interpretación no puede ser netamente lingüística, ya que, con esta solo se limita el correcto ejercicio de los mismos, llegando al punto de vulnerar principios de especial protección.

Asociando a lo anteriormente descrito, la Corte también se pronunció frente a la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor⁶⁸, considerado este, como un ambiente de respeto, amor, cuidado, apoyo y protección entre sus miembros; lo cual bajo el concepto de la American Psychological Association, puede ser cumplido cabalmente por parejas homosexuales, pues estas tienen las mismas aptitudes que una pareja heterosexual, ya que la orientación sexual de los padres, no implica falta de idoneidad para ejercer la crianza de un menor bajo las características de un ambiente sano. Adicional a esto, la misma entidad se

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA SU-214.2016. Referencia: expediente T- 4.167.863 AC

⁶⁷ Op. Cit P. 16

⁶⁸ Op. Cit P. 15

pronuncia manifestando que en estudios realizados en diversas muestras, no se observa diferencia entre los menores criados dentro de familias de madres lesbianas frente a los que son criados por parejas heterosexuales y que su identidad sexual y la diferenciación del sexo opuesto, corresponde a la que se desarrolla dentro del marco de lo normal.

A su vez, compartimos la posición de los autores B. Gómez y A. Berástegui en su texto “El Derecho del Niño a Vivir en Familia”⁶⁹ donde se plantea que la privación a un menor de tener un núcleo familiar, tiene como consecuencia efectos de carácter negativo al desarrollo del menor, como son trastornos de depresión, desórdenes alimenticios, limitación en su relación con otras personas, al igual que la manifestación de desórdenes comportamentales como violencia, hiperactividad, la ansiedad entre otras, tal cual como se mencionó en precedencia. Es por esto, que se considera que la familia, independientemente de la identidad sexual que tengan quienes ejerzan el rol de padres, es entorno adecuado para dar estabilidad emocional al menor, evitando así, que se produzcan daños como los mencionados en líneas anteriores, puesto que la razón de ser de la familia, es darle al niño el apoyo psicosocial necesario, que fomente un correcto crecimiento y madurez personal que le permitan ser un ciudadano que se comporte de acuerdo a las reglas cívicas establecidas.

Es por ello, que se considera que frente a la vía de la adopción y de acuerdo a lo plasmado en la ley, se deben analizar de manera exclusiva los requisitos de idoneidad psicológica, económica, moral y ética del adoptante, asegurando un trámite transparente y ajustado a derecho; dejando de lado su preferencia sexual como criterio de idoneidad, pues este no configura dentro de la normatividad como un requisito que sea excluyente; tal como lo plasma la sentencia C-683 de 2015⁷⁰ del 4 de noviembre, al argumentar que de tenerse en cuenta la preferencia sexual del futuro adoptante como limitante frente a la posibilidad de acceder a la figura de la adopción, se está violentando el derecho prevalente del menor de acceder a una familia y a un correcto desarrollo psicosocial, pues como se explicó en líneas anteriores las familias homoparentales no solo cumplen con los requisitos económicos, psicológicos, morales y éticos sino que adicionalmente, cumplen con los criterios requeridos para conformar familia y de acuerdo a lo explicado inicialmente, toda decisión de las autoridades que implique una afectación a los derechos de un menor, deben ser tomadas dando principal relevancia al derecho del niño y es deber del operador judicial realizar aquel análisis.

⁶⁹ Op. Cit P. 17

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-683.2015 Referencia: expediente D-10371

Sin embargo; de acuerdo a estudios realizados se ha evidenciado que incluso algunas veces los profesionales encargados de determinar la idoneidad de los adoptantes, no diferencian sus concepciones personales de las profesionales, limitando la aplicación de lo consagrado legalmente, y creando obstáculos violatorios de derechos. La imposición de barreras impide la apertura de la adopción a todo tipo de familias constituidas ya de forma estable, lo que sin duda genera un perjuicio real y efectivo para los menores a los que se pretende brindar un grupo familiar idóneo para su desarrollo, y esto a su vez afecta de manera gravosa el interés del menor que como se ha reiterado en múltiples ocasiones es de vital importancia para el Estado colombiano, al ubicar los menores por encima de los demás nacionales. La realidad social, conlleva a la necesidad de no solo crear mediante leyes y preceptos jurisprudenciales, textos vinculantes, si no que al momento de darles aplicación, esta sea veraz y correcta, ya que poco sirve, tener garantías y mecanismos de protección de derechos consagrados en normas, si al momento de su ejecución, estos son limitados y vulnerados.

Es por ello imperioso que el Estado colombiano tome las medidas imprescindibles para asegurar la transparencia del proceso y que éste no se vea afectado por cuestiones personales que bien podrían tener un trasfondo moral, ético o religioso, consiguiendo con ello salvaguardar el correcto desarrollo de la figura de la adopción, y limitando exclusivamente la clasificación a criterios de idoneidad separados de cuestiones como la moral y la ética, y evitando de ese modo que concepciones personales repercutan en la correcta aplicación de las ordenes legales emitidas por la Alta Corte.

En busca de mejorar la calidad de vida de los menores de edad que han visto afectados sus derechos y los cuales se deben restaurar por las vías que sean necesarias, es importante tener en cuenta que se deben dejar de lado prejuicios irracionales e infundados que logran únicamente entorpecer el desarrollo de las leyes y del derecho en relación con la evolución de la sociedad y las formas en cómo se manifiesta hoy en día; vulnerar de una forma mucho más directa e injustificada los intereses de un menor que es merecedor de una protección absoluta no solo por parte del Estado y sus miembros sino también traspasando fronteras que llegan a ser exigibles en un ámbito internacional.

No existe barrera inquebrantable, más cuando se trata de la protección de derechos fundamentales, por ello es posible asegurar que la ruptura de concepciones y prejuicios en profesionales relacionados con el proceso de adopción, puede lograrse mediante la capacitación y la enseñanza de la existencia de la diversidad sexual y familiar, de modo que de cara a los constantes cambios que se vienen generando en la sociedad, éstos deben contar con las herramientas precisas para

dar un correcto análisis a las conductas y características de los posibles adoptantes. Las concepciones individuales de cada uno de los involucrados en el proceso de adopción, no son un límite para determinar quiénes pueden o no presentarse al mismo, en razón a que quien tenga la capacidad e idoneidad para criar a un niño, no se le puede negar su aceptación por no cumplir con requisitos que no solo no estaban consagrados en la ley, sino que adicionalmente eran excluyentes y no aportaban ningún criterio válido para determinar si una persona tenía o no la capacidad de adoptar.

Dicho análisis debe estar guiado por los criterios establecidos por la Alta Corte Constitucional, dentro de los cuales se encuentra en primer lugar, el derecho a la familia que posee toda persona, ya que al ser esta decisión de tipo personas, cada uno de los nacionales tiene libre albedrío de determinar con quien conformar su núcleo familia, sin importar su orientación sexual, sexo, raza y etnia. Por lo anterior; la ampliación al concepto de familia que consagra la Constitución en su artículo 42⁷¹, permite a las personas que pertenecen a la comunidad LGBTI ser parte de esta ampliación y por ende cobijados por la legislación colombiana, en lo que respecta a las obligaciones y derechos consagrados en la misma, es decir; su validez, radica tanto en parejas heterosexuales como en homosexuales.

Como segundo criterio y más importante, por estar involucrado el menor, se encuentra la primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en este caso, el derecho que tiene a pertenecer a un núcleo familiar, partiendo del entendido que al ser el Estado uno de los sujetos garante de estos derechos, no puede limitar la aplicación de una medida restauradora de derechos, a un prospecto de familia heterosexual, ya que se estaría desconociendo la existencia de otros núcleos familiares y se daría una desprotección a los derechos de los niños que se encuentran ya sea bajo el cuidado de una familia homoparental, o de aquellos que están a la espera de un hogar.

Es así, como se evidencia la viabilidad de la adopción homoparental, pues al permitir a toda persona idónea y capaz, sin importar su orientación sexual, el cuidado y crecimiento de un menor, se amplía la posibilidad de brindarle a más menores de edad, regresar al entorno social y poder desenvolverse como personas criadas bajo principios y valores de una familia que bien no es la natural, es la que le brindó el cuidado y protección bajo lazos de amor y unión, que directamente no le podía dar una institución como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

⁷¹ COLOMBIA.CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA.1991. Art 44. Derecho a la familia

Por último, se encuentra el principio de igualdad⁷², que bajo la interpretación dada por la Corte Constitucional en materia de adopción igualitaria, las normas consagradas que no prohíban ni limiten el ejercicio de un proceso, debe ser aplicado en igualdad de condiciones para todas las personas, sin importar su orientación sexual u otro rasgo cultural.

Dada la explicación anterior, si las personas homosexuales o parejas del mismo sexo cumplen a cabalidad con los criterios consagrados en la ley, y no violan ninguno de sus enunciados, pueden sin ninguna restricción, presentarse al proceso de adopción y realizar los trámites que sean pertinentes para determinar si son capaces e idóneas para tener la salvaguarda de un menor. La no aprobación de ser padre(s) adoptante(s), no puede ser justificada por la orientación sexual que tenga o tengan los mismos, puesto que, la limitación de la adopción por parte de parejas homosexuales, puede producir en el menor consecuencias nocivas a su desarrollo, al ver retrasada o truncado su proceso de adopción al ser reducida la lista de posibles adoptantes.

Se puede determinar que la adopción por parte de parejas homosexuales no solo es viable, sino que adicionalmente cumple con el derecho prevalente de los menores, al proporcionarles una familia y un ambiente adecuado para su correcto desarrollo y ejercicio de sus derechos, garantizándoles una mejor calidad de vida y un crecimiento adecuado, dentro de los márgenes de la moral y la ética. Con ello el Estado está cumpliendo con unos de sus fines el cual es la garantía del ejercicio pleno de los derechos de los miembros dentro de su territorio, revistiendo con la prevalencia que le asiste, los derechos de los menores al permitirles el ingreso a una familia y asegurando así su bienestar no solo económico, educativo o físico, sino también, su bienestar en el ámbito psicológico y emocional. Pues está restaurando su oportunidad de crecer con normalidad, bajo el resguardo de un núcleo familiar que le dará el apoyo y cariño que necesita, apartado de un sistema que, aunque cumple con su función, carece de los elementos afectivos que también tienen vital importancia en la crianza de un infante.

A su vez, se puede inferir que la problemática real frente a la idea de la adopción de menores por parte de homosexuales no encuentra fundamento en la vía legal, sino en concepciones religiosas y éticas de un grupo dentro de la sociedad que no tiene consideración del real interés del menor de ser adoptado y cuya solución puede apoyarse en la implementación de políticas públicas de integración y aceptación de la diversidad sexual y de familia; las políticas públicas entendidas como las decisiones tomadas por diferentes actores estatales, consideradas instrumentos de

⁷² COLOMBIA.CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA.1991. Art 13. Derecho a la Igualdad

gobierno, encaminadas a la resolución de un conflicto que bien puede ser entendido como colectivo por su incidencia en la vida de buena parte de la sociedad, configuran un mecanismo clave para la correcta instrucción de la necesidad de convivir como iguales asumiendo y respetando las diferentes opciones de vida, familia y educando desde la primera infancia para la aceptación, respeto y sana convivencia tanto con personas de opciones sexuales diversas como de las familias diversas basadas en el amor y apoyo mutuo cumpliendo así con la definición actual de familia dada por Alta Corte.

Esta concepción es acertada, pues se tiene en cuenta a las múltiples formas de familia que hoy en día se pueden apreciar tanto en Colombia como en el resto del mundo, dando con ello un paso hacia la aceptación y consideración de la diversidad como un elemento que conforma a la sociedad bien sea desde el punto de vista de la raza, cultura, religión, posición política o preferencia sexual.

Uno de los mayores retos y frenos que se ha argumentado para no dar viabilidad a la adopción por parte de familias homoparentales, es la posible discriminación que encontrarían los menores adoptados por familias diversas en el ámbito escolar, en razón a la configuración atípica de su familia en comparación de la del resto de alumnos, lo que impulsaría actos segregatorios que afectarían su individualidad y su autoestima. Es así, que el Estado debe promover políticas públicas que permitan no solo la inclusión de los nuevos modelos de familia en la sociedad, si no que propende por la protección de cada una de ellas, ya que como ha quedado claro que el modelo tradicional de familia heterosexual no es el único que se da en una sociedad, y menos en una como la colombiana, donde existen diversos factores que no permiten que todos los hogares sean iguales.

Es por ello imperioso que el Estado mediante el Ministerio de educación, el Congreso de la República y en si cada una de las instituciones del Estado que velan por la garantía de los derechos de la familia, formule procesos de concienciación en las diferentes instituciones académicas del Estado colombiano y comunidades sociales, con el fin de guiar tanto a alumnos, docentes y padres, sobre el tema de la diversidad sexual y sus características, para que se fomente el respeto entre individuos al ser, ya que a la luz de la Carta Magna en virtud de su artículo 13⁷³, la igualdad ante la ley da a cada una de las personas los mismos derechos y deberes. Al ser la Carta Magna colombiana un texto garantista, es obligación del Estado, velar por el correcto desarrollo de los principios y derechos consagrados en ella, y si la Ley llegase a vulnerar alguno de ellos, pasar esta por un análisis de constitucionalidad para determinar su viabilidad.

⁷³ *Ibidem*.

La adopción igualitaria, aunque se desarrolla dentro de un contexto donde la comunidad LGBTI ha visto vulnerados y desconocidos sus derechos⁷⁴, no debe basarse sobre el desconocimiento que se le ha dado a esta minoría, sino que debe mantener la finalidad del mecanismo, el cual es la prevalencia de los derechos del menor, ya que, no se niega que esta comunidad ha sido discriminada a lo largo de la historia social colombiana; la infancia goza de especial protección por parte no solo del Estado si no por parte de comunidades internacionales, y es necesario que todo proceso que los involucre, no desconozca esta primacía, y vele estrictamente por el restablecimiento de derechos que se han vulnerado.

Teniendo en cuenta cada uno de los fundamentos teóricos, jurisprudenciales y legales, es pertinente concluir que la adopción por parte de parejas homosexuales, además de ser una medida que permitiría la ampliación de la figura de la adopción, serviría no solo para garantizar la primacía de los derechos de los menores que se encuentran bajo el cuidado del Estado colombiano, si no que adicional a ellos, daría pautas para la apertura interpretativa de la norma, debido a que las restricciones que de esta misma se han contemplado, responden a falacias que se han querido esgrimir como argumentos capaces de fomentar análisis normativos restrictivos por parte tanto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como de los jueces que se involucran dentro de dicho proceso.

La viabilidad de la adopción homoparental no depende de preceptos morales o sociales ni de los imaginarios colectivos que pueda llegar a tener la sociedad colombiana, ya que, para determinar si la ampliación del mecanismo es idóneo, deben existir fundamentos legales que permitan precisar si su aplicación es errónea, puesto que, así existan leyes que no prohíban la aplicación de un proceso a determinado grupo social, al no hacerse la aclaración respecto a los límites del mismo, los encargados de velar por la garantía de los derechos constitucionales, en este caso cada uno de los jueces de la República de Colombia, tendrá que interpretar la norma y la jurisprudencia para fallar de forma correcta en pro de la prevalencia de los derechos de los menores a pertenecer a una familia; por lo anterior es claro que pese a los pronunciamientos en contra, si dichos no encuentran su fundamento en la ley no podrán los jueces valerse de ello para sopesarlo con el interés superior del menor que es el tema neurálgico dentro de cada proceso de adopción.

El planteamiento correcto a analizar no es si una pareja homosexual puede o no adoptar sino si basados en argumentos, que según nuestro Estado laico no tienen cabida en las interpretaciones jurídicas que de la realidad colombiana hace el juez,

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-886.2010. Referencia: Expedientes D- 7882 y 7909 acumulados.

es posible acortar las posibilidades de los menores a acceder a una familia donde prime el amor y el interés por ser padres, pues a pesar de resultar atípico que una pareja homosexual sea adoptante, para el Estado colombiano debe resultar de mayor relevancia y atipicidad que un menor residente crezca desprovisto de lo que solo se le puede garantizar dentro del estamento básico de cualquier sociedad: la familia.

A manera de conclusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha permitido a la comunidad LGBTI acceder a diferentes derechos que no se les había reconocido por tener inclinaciones sexuales diversas a las convencionales, tales como su reconocimiento frente a la pensión de sus compañeros⁷⁵, su reconocimiento como parejas unidas por vía de hecho⁷⁶ y entre las más importantes frente al caso que nos atañe, el reconocimiento como familia ante la ley colombiana⁷⁷. Al intentar completar su núcleo familiar, vieron la limitación por parte tanto del ICBF como de los jueces, al querer adoptar a menores que se encontraban a la espera de una familia; fue así como la misma Corte, bajo la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, amplió la interpretación que había hecho del Código de infancia y adolescencia, para que la expresión “Compañeros permanentes”⁷⁸ aplicara tanto para parejas heterosexuales, como homosexuales. Dando así vía libre a la opción de aplicar como futuros adoptantes ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuestión que les fue reconocida mediante el pronunciamiento de noviembre de 2015, demostrando así el alcance de los derechos de los menores en busca de su salvaguarda

Capítulo VI – Fundamentación

18. Fundamentación Teórica.

La prevalencia del derecho de los niños a tener una familia, ha permitido a diferentes Estados alrededor del mundo avanzar hacia la posibilidad de permitir la adopción igualitaria; entre los cuales se encuentra Colombia. Partiendo de lo anterior, la institución de la adopción se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico nacional y con potestad estatal en cabeza del ICBF-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; establecida como medida de restablecimiento de los derechos del menor que se han visto afectados y el desarrollo de su sana integridad, entendido lo anterior como su aspecto físico, intelectual, moral, ético y psicológico.

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-051.2010. Referencia: expediente T-2.292.035. Expediente T-2.299.859Expediente T-2.386.935

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-075.2007. Referencia: expediente D-6362.

⁷⁷ Op. Ci. P.38

⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-683.2015 Referencia: expediente D-10371

Es por ello se afirma, que esta herramienta no busca darle un menor a una familia, si no, una familia a un menor.

Con base en el interés superior del menor que se busca proteger con la adopción, se determinaron criterios bajo los cuales se hace el análisis o estudio que determinan la viabilidad del futuro adoptante, dejando como conclusión que la orientación sexual del adoptante no cataloga como una condición inhibitoria para acceder a esta figura. Por ello se afirma, que la limitación existente anteriormente frente a las parejas homosexuales al momento de adoptar, respondía netamente a un error de interpretación normativa fundamentada en puntos de vista morales que se desviaban de la realidad social; más no a una prohibición de carácter expreso, descrita taxativamente en algún principio rector o cuerpo normativo vigente⁷⁹.

Para la Corte Constitucional colombiana, es claro que respecto a la adopción deben primar los derechos del menor, lo cual corresponde a las normas internacionales aceptadas por el Estado colombiano y las cuales han sido ratificadas donde los niños son parte esencial de la sociedad, siendo resguardados por la familia y cuyo concepto es entendido en el argot colombiano según definición de la Corte en mención como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos⁸⁰ es por esto que la familia tiene múltiples variables además de la tradicional de hombre y mujer, como son aquellas familias donde el menor es criado por familiares como abuelos o tíos, también están aquellas familias monoparentales donde solo una padre o madre vela por el desarrollo del menor y están también las homosexuales que son una realidad social.

Es así, como dentro de los derechos prevalentes de los niños, resalta el derecho a pertenecer a una familia y a no ser removido de ella, y de esta manera, permitirle al menor que ha perdido su hogar, volver a hacer parte de un núcleo familiar, con ayuda del Estado y en este caso el colombiano, por ser el responsable de garantizar los derechos de los menores, ya que su obligación como Estado parte del Convenio Internacional de los derechos del niño⁸¹, debe propender por la protección de los mismos, ya que adquirió esta obligación y la ratifico al introducirlo dentro del Bloque de Constitucionalidad.

Aunque el Estado tiene como institución protectora de los menores al ICBF, es claro que su capacidad no alcanza a abarcar la totalidad de las necesidades que se

⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-071. 2015. Referencia: Expediente D-10315

⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-214.2016. Referencia: expediente T- 4.167.863 AC.

⁸¹ Op. Ci. P. 11.

presentan respecto a la niñez, es por esto, que la adopción entra a ser un instrumento que propende por la asignación de un núcleo familiar al menor, para que se le pueda restituir a este los derechos que se le habían vulnerado, y permitiendo así, que dicho mecanismo pueda restaurarlos, en especial a aquellos menores que no han podido ejercer su derecho de tener una familia, puesto que, debido a las diversas circunstancias sociales del país, la niñez es la principal afectada, frente a las problemáticas sociales, económicas y políticas, convirtiéndose en los más afectados respecto al cumplimiento del mismo.

Trayendo lo anterior a la práctica jurídica, es como se estipula que en busca de la protección al interés superior del menor; cada operador jurídico dentro del territorio nacional en la toma de sus decisiones debe analizar el interés superior del infante cuando se trate de temas que puedan afectarlo de una u otra forma. Dentro de esos criterios de análisis se encuentra la garantía del desarrollo integral del menor, y cuyo fin es lograr de forma íntegra del desarrollo del mismo, debido a que el menor, es clave fundamental dentro del crecimiento social y evolución del Estado, por esta razón, la especial protección no solo a la institución de la familia como núcleo esencial de la sociedad, si no de los niños, niñas y adolescentes, como el futuro de la nación, ya que serán los encargados del desarrollo de la misma.

De acuerdo a los estudios realizados, la forma correcta que tiene el menor para desarrollarse como persona, son los criterios éticos, morales, físicos y psicológicos, y por ello es la familia quien se encarga de generar este correcto crecimiento, siendo que, es quien está en capacidad de brindar toda su atención y esfuerzos al menor que tienen a su cargo, en cambio, el Estado se encarga de forma general de suplir las necesidades básicas de los menores, dejando de lado factores determinantes como el amor y calidez familiar, puesto que, aunque como institución, propenden por la garantía del mínimo de derechos de los menores de edad, es claro que no llegara a configurar todos los factores y situaciones que se dan dentro de un hogar; por ende, entre más mecanismos brinde el Estado a la niñez para que pueda gozar en mayor proporción de sus derechos, más se acerca al cumplimiento de los fines estatales.

Frente al desarrollo psicológico del menor que ha sido el tema de mayor controversia frente a la posibilidad de que parejas del mismo sexo adopten, mediante estudios como el realizado por el Psicólogo Francisco Granados Pérez⁸² se determinó que no existe una aseveración frente a la afectación psicológica que pueda tener el menor al ser criado por parejas del mismo sexo, y que sin embargo; existen registros de personas criadas por parejas homosexuales y cuya identidad

⁸² Op. Ci. P. 13

sexual no se ha visto afectada por dicha situación, y es por ello, que llega a la conclusión de que habría que analizar cada caso en cuestión teniendo como base, las necesidades del menor y la estabilidad económica, psicológica y moral de los adoptantes sin tener como criterio de análisis la preferencia sexual del aspirante a la adopción. Lo anterior, encuentra su fundamento jurídico en lo establecido de forma jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, respecto a la interpretación que se le debía dar al artículo 68, del código de la infancia y la adolescencia⁸³.

Es de esta manera que la Corte fue acertada con su decisión en Sentencia C-683 de 2015⁸⁴, al realizar el respectivo análisis y hacer una adecuada integración de los factores sociales que se viven en Colombia, junto con los estudios, conceptos y preceptos tanto legales como de otras ramas, a la hora de determinar la viabilidad y aplicación de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Propendiendo por el respeto y protección al derecho fundamental del menor, velando por su correcto desarrollo y su correcto cuidado; impidiendo la reducción de las listas de futuros adoptantes y con ello, aumentando las posibilidades de los infantes a acceder a un núcleo familiar adecuado, puesto que las familias homoparentales tienen que seguir el trámite preestablecido para poder acceder a la adopción, es decir que deben ser examinados para determinar su idoneidad pero sin tener en cuenta como factor eximente su preferencia sexual.

Con lo anterior se determinó en el Estado colombiano, que la preferencia sexual de una pareja no puede ser limitante para acceder a la adopción de un menor si cumplen con los requisitos dictaminados en la ley, el incumplimiento a este configura una vulneración al derecho de los menores incumpliendo con el mandato constitucional planteado en el artículo 44 de la Carta⁸⁵ que determinó los derechos de los menores y les dio primacía sobre los demás.

Es así; como ahora es tarea del Estado, tomar medidas que permitan a este nuevo tipo de familia, reconocida en Colombia mediante diversos fallos de la Corte Constitucional, desenvolverse dentro de la sociedad con plenitud de sus derechos, sin el riesgo de ser víctima de discriminación por algún grupo o persona que vaya en contra de sus concepciones, puesto que, bajo el interés superior del menor a tener una familia, este puede ser acogido por cualquier núcleo familiar que cumpla con los requisitos exigidos por la ley para brindarle una estabilidad durante su crecimiento y desarrollo personal. A causa de esto, dentro de los diferentes ambientes en los que se va a desenvolver tanto el menor como el hogar, no se

⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-683.2015 Referencia: expediente D-10371

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ COLOMBIA.CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA.1991. Art 44 -Derechos fundamentales de los niños

pueden presentar casos de discriminación contra alguno de los miembros del mismo, ya que gozan de doble protección jurisprudencial.

Así las cosas es posible asegurar que de la Ley 1098 de 2006, antes de pasar por análisis constitucional, mantenía una interpretación restrictiva de su articulado, pues pese a que en su artículo 61 esboza brevemente la adopción como una medida de protección mediante la cual se establece una relación paterno filial entre personas que no la poseen naturalmente⁸⁶, en su aplicación resultaba determinante no solo la idoneidad física, psicológica y económica del adoptante sino que además se tenía presente la preferencia sexual de los postulantes que pretendían ser la figura paterna de un menor; esto limitaba las probabilidades de muchos niños que se encontraban en estado de orfandad, de acudir a una familia. Por ello, ahora que se estableció la correcta interpretación de la norma, es necesario empezar a aplicar la misma y enseñar a la sociedad, a aceptar estos nuevos hogares, en pro de permitir a muchos más menores, ser parte uno de ellos.

Esta misma reglamentación en su Artículo 68 presenta las calidades generales que deben ostentar los posibles adoptantes, sin indicarse allí, ninguna prohibición expresa referente a la opción sexual que se debe tener⁸⁷. Lo anterior se consigue, gracias a la nueva interpretación del mismo, mencionada con anterioridad, debido a que se encontró que la norma no debía ser entendida como aplicable a solo personas heterosexuales, si no que en prevalencia del derecho del menor el único interés que persigue la adopción, es la restitución de derechos y oportunidades a los menores que se encuentren bajo la protección del Estado, pero sin un seno familiar actual. Creando así la oportunidad, de que cualquier persona sin importar su orientación sexual, pueda iniciar el proceso de adopción y de cumplir con los requisitos exigidos, pueda acoger y criar a un menor.

Entonces el fin último de la adopción no ha de ser limitar las posibilidades del menor a gozar de una familia y desarrollarse en un ambiente saludable para su normal crecimiento, pues esto sería desconocer abiertamente el interés superior del niño y la apremiante necesidad del Estado de garantizar a todos los menores o en su mayoría, el mínimo de derechos consagrados en la carta política, dado que, el medio con mayor grado de eficacia para lograr este fin, es la adopción.

Jurisprudencialmente la familia y la adopción en Colombia ha tenido importantes avances, siendo destacable lo dicho por la Corte Constitucional frente al interés superior del menor, puesto que es un principio que fundamenta la interpretación y argumentación de los problemas y decisiones se susciten respecto al correcto

⁸⁶ Op. Cit. P.32.

⁸⁷ Op. Cit. P. 49

desarrollo de sus derechos, por ende hoy, no se da una decisión sin que este principio juegue un rol determinante, cuando dentro del conflicto de intereses se involucren garantías de la niñez.

Se sabe que el restablecimiento de Derechos perseguido con el mecanismo de la adopción busca que los infantes y adolescentes, recuperen la integridad y la dignidad como sujetos de derecho y obtengan nuevamente la capacidad de ejercer de forma efectiva los derechos que les han sido vulnerados. Su fundamento filosófico y jurídico es la solidaridad y en aras de ello no es posible que en la aplicación fáctica de este mecanismo se sirvan de preconcepciones infundadas para obviar las obligaciones del Estado y de los órganos quienes son los encargados de cuidar la seguridad de los menores.

El reto de la sociedad en conjunto es dar una mirada en retrospectiva a esta figura y buscar la manera de armonizarla con la realidad social que viven los niños que han sido apartados de sus familias, no han conocido una o lo han perdido, y es el Estado mismo el llamado a aparcarse el ordenamiento jurídico de argumentos notables y decisiones judiciales que constituyan precedente para que las decisiones que se tomen estén encaminadas hacia los derechos de los menores y al deber social y legal de proteger y salvaguardar sus intereses.

Por otra parte y en contingencia con las reiteradas decisiones judiciales contra lo dispuesto taxativamente por la ley, ni el Estado mismo ni los jueces pueden usar su deber de aplicación de la ley para menoscabar la igualdad de derechos reconocida a una minoría y aunque en la figura de la adopción no se privilegie el derecho a adoptar si es de notable consideración la necesidad de dar una aplicación que no se valga de argumentos ni concepciones que no se encuentren previstas en la ley; es de resaltar que con ello además de configurar una violación al debido proceso y dar una aplicación con tintes discriminatorios, se da un desconocimiento abierto a los consagrado en las leyes internacionales y el derecho interno sobre la prevalencia del interés preferente del menor.

De acuerdo a los presupuestos legales establecidos en Colombia respecto a la adopción, estos son claros al momento de determinar los parámetros exigidos tanto a las entidades encargadas de realizar el trámite en mención, como los requisitos que deben cumplir los futuros adoptantes, debido a que el menor es a quien se debe proteger y darle la prevalencia necesaria, en pro del restablecimiento de sus derechos. El código de infancia y adolescencia en su articulado, es el encargado de regular el sistema de adopción actualmente en el país, determinando de forma concreta quienes son los involucrados en este proceso, las exigencias que deben

cumplir y las limitaciones existentes para acceder a este mecanismo de restablecimiento de derechos del menor.

Dicho lo anterior, y centrándonos en las limitaciones que se le han realizado a las personas con orientación homosexual, es necesario precisar que legalmente no existe una prohibición expresa que indique una limitación a este tipo de personas a realizar el proceso de adopción, debido a que dentro de los requisitos exigidos, lo que se busca es brindarle al menor un núcleo familiar estable. Haciendo una lectura e interpretación de la normatividad reguladora de esta institución, el viable indicar que cualquier familia que cumpla las condiciones establecidas en el proceso y no violente tanto de forma física como moral la integridad del menor, puede ser padre adoptante.

Teniendo en cuenta que el menor es quien debe prevalecer, porque es a quien se le ha afectado y desconocido sus derechos; es necesario entonces interpretar la norma desde la favorabilidad del mismo. Desde este punto la norma, al no prohibir la adopción homoparental de manera expresa, debe entenderse entonces, bajo el entendido de que cualquier persona, sin importar su orientación sexual y que se encuentre bajo presupuestos reglamentarios de las entidades encargadas de realizar el proceso de adopción, y cuyo análisis obtenga un resultado viable a su candidatura como padre adoptante, pueda tener la custodia de un menor.

La Corte Constitucional colombiana, se ha manifestado en diferentes ocasiones respecto a esta limitación, debido a que existen fundamentos ético-morales en normatividades alternas a la de la adopción, que han ayudado a frenar de cierta forma el avance a de las parejas homosexuales a acceder a un menor en cuidado del ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar). Dentro de sus pronunciamientos, la Corte ha sido clara al manifestar que la adopción no es un derecho que tienen las personas, si no es un mecanismo que permite al menor recuperar y brindar derechos desconocidos o violentados por un núcleo o núcleos familiares anteriores, y de a través de este medio, permitirle a una persona o familia idónea y capaz de proteger, cuidar y brindar al niño, niña o adolescente devolverle o brindarle sus derechos por su condición de indefensión.

Desde la perspectiva del Derecho Civil y de Familia, se parte de la ley 1098 de 2006⁸⁸, conocido como el “Código de Infancia y adolescencia”, el cual indica en su artículo 68 los requisitos mínimos que debe tener cualquier persona que desee realizar un vínculo filial con un menor que no pertenezca a su estirpe. Dentro de estas estipulaciones normativas, no se encuentra relacionada como determinante la orientación sexual de los cónyuges o compañeros permanentes que deseen

⁸⁸ Op. Cit. P.32.

realizar dicho vínculo filial. Es por lo anterior, que se deduce, que desde la perspectiva legal vigente y reguladora en materia de adopción, no existe una limitación que impida a una pareja homoparental adoptar.

Al existir tanta incertidumbre frente al tema de la adopción homoparental, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-683 de 2015⁸⁹, indico que el numeral 5 del Artículo 68 del “Código de Infancia y Adolescencia”⁹⁰ debe ser aplicado tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales, debido a que en prevalencia del derecho del menor, la adopción es uno de los mecanismos de restablecimiento de derechos de este, y no se debe entender bajo el ideal de un favorecimiento a determinadas personas con esta medida, si no, que se va a permitir a un menor, recuperar sus derechos establecidos tanto en la Constitución colombiana, como en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Es así, como la normatividad vigente no realiza discriminación alguna entre parejas heterosexuales como homosexuales frente al acceso al proceso de adopción; por lo anterior, si una pareja perteneciente a la comunidad LGBTI desea iniciar dicho proceso, debe ser aceptada y evaluada para determinar si cumple los criterios para iniciar el cuidado de un menor, y en caso de que su resultado sea negativo, el motivo o razón de rechazo no puede ser su orientación sexual. El menor al ser el sujeto protegido por el Estado y quien es el eje central dentro del proceso de adopción, es a quien se debe dar prevalencia en la decisión, teniendo en cuenta que si existen personas que pueden brindarle una familia y estabilidad emocional y física, se le debe permitir acceder a esta oportunidad por ser quien se ha visto perjudicado frente al cumplimiento y ejercicio pleno de sus derechos como menor.

La normatividad vigente en materia de adopción, debe ser entendida en un todo como el medio idóneo que permite a un menor pertenecer a una familia y recuperar derechos que se habían perdido a lo largo de su corta vida, debido a diferentes circunstancias que afectaron el correcto cumplimiento de sus derechos; y es por medio de esta figura, que el Estado busca encontrar la familia correcta para aquellos niños, niñas y adolescentes que crecieron sin ella o la perdieron, ya que son sujetos de especial protección, por ser los encargados de continuar con el crecimiento y fortalecimiento del Estado.

Es por lo anterior, y de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente en el país, que la adopción homoparental es permitida, debido a que los presupuestos normativos estipulados en la Ley, no limitan el proceso solo a personas con orientaciones heterosexuales. De esta forma, el Estado se asegura de que se amplíe el número

⁸⁹ Op. Cit. P.9.

⁹⁰ Op. Cit. P.32.

de postulantes a la adopción de un menor, quien como se mencionó en precedencia, es el eje central del proceso, ya que, son los individuos protegidos y en quienes se debe pensar, al momento de determinar a las personas aptas para ejercer su cuidado.

Al ser el menor quien prevalece en el proceso de adopción, por ser a quien se le debe garantizar el cumplimiento de sus derechos debido a su condición de indefensión, la entidad designada por el Estado, que se encuentra autorizada para iniciar con la primera etapa del proceso de adopción, debe ser imparcial al momento de escoger la futura familia adoptiva, y tener en cuenta que al momento de evaluar cada uno de los criterios reglamentados en el proceso, se debe tener como principio rector, la prevalencia del Derechos que tiene el menor a tener una familia.

19. Fundamentación Jurídica.

La fundamentación jurídica que sustentan la adopción por familias homoparentales, teniendo en cuenta los fundamentos teóricos respecto a la adopción, determinó que con ella se pretende privilegiar y proteger el derecho que tiene el menor de acceder a una familia, y no salvaguardar derechos civiles que tienen las parejas homosexuales. Lo anterior se ve reflejado en pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional, donde se manifiesta que el eje primordial dentro del proceso de adopción como mecanismo de restaurador de derechos de los menores, es brindarle a una familia idónea y apta a un menor, y no un menor a una pareja; debido, a que es la familia el núcleo adecuado para que un infante pueda desarrollarse de forma adecuada es las esferas sociales, psicológica y ética, lo cual reafirma la noción de familia como eje central de la sociedad.

El concepto de familia que rige actualmente se caracteriza por incluir dentro de su definición diversos tipos de núcleos familiares (como lo son las familias monoparentales, homoparentales, entre otros), debido a los cambios sociales presentados en las últimas décadas, transformando la legislación nacional, que se había congelado en concepciones conservadoras, conllevando a la redefinición del concepto tradicional de familia a uno que se ajustara a la realidad social; concluyéndose que la familia hace referencia a un grupo de personas que se encuentran bajo una misma unidad de vida, enlazados bajo valores de amor y ayuda mutua. Con esta nueva definición, se amplió la posibilidad a las familias homoparentales de incluir dentro de su hogar a un menor por medio del mecanismo de la adopción.

De modo que la nueva interpretación que se da del artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia⁹¹ por parte de la Corte Constitucional encuentra sus cimientos en la prevalencia del interés superior del menor y con ella la imperante necesidad del estado y sus agentes de adoptar las medidas que resulten necesarias para reestablecer a cada uno de estos menores el mínimo de sus derechos y así asegurar su crecimiento dentro del núcleo de una familia, el cual es eje central para el fortalecimiento de la sociedad Colombiana, sin tener en cuenta la preferencia sexual de la familia adoptante siempre y cuando esta cumpla con los requisitos mínimos de todo aspirante a la adopción, como son la idoneidad psicológica, moral y económica. Preceptos los cuales pueden ser cumplidos por los adoptantes sin que se vean afectados por su preferencia sexual, ya que esta, según lo establecido por la Corte, no configura un requisito bajo el cual pueda excluirse a un determinado grupo social de participar en el proceso de la adopción de un menor, con miras a la protección del derecho fundamental del mismo a tener una familia y el cual se encuentra bajo la especial protección del Estado.

Dentro del conflicto presentado frente a la viabilidad de la adopción por parte de parejas homosexuales, en múltiples oportunidades la Corte otorgo dicho reconocimiento determinando que el concepto de familia debía tener un significado más amplio dando la relevancia constitucionalmente instituida a la prevalencia del derecho del menor, y como la garantía de una familia, asegurando a dicho infante una mejor calidad de vida; teniendo en cuenta además que no existe una prohibición expresa que impida dicho procedimiento a las parejas conformadas por personas de preferencia sexual diversa. Partiendo de lo anterior, queda viable la posibilidad de la aplicación directa de la normatividad reguladora de la adopción, teniendo en cuenta las interpretaciones que se hicieron al respecto y que configuraron precedente judicial, como el medio para que los derechos de los menores sean restablecidos y no se continúe en una vulneración de derechos por parte de las entidades involucradas de avalar al padre adoptante, por el único hecho de este tener, una orientación sexual diferente a la heterosexual.

Es por ello que se requiere que, mediante sentencia de unificación, se configure criterio unánime que exhorte a las diferentes entidades encargadas tramitar el proceso de adopción conforme a la ley, para que se dé la aplicación de la nueva interpretación legal, y no se impongan en la realidad trabas u obstáculos que impidan la práctica y desarrollo de este tipo de familia homoparental.

⁹¹ Op. Cit. P.32

20. Aceptación Social De La Adopción Homoparental

De acuerdo a la viabilidad dada por la interpretación de la norma frente a la adopción por parte de personas con preferencia sexual diversa, es menester realizar a partir de este cambio, un nuevo sistema de políticas públicas que permitan la inclusión y respeto a este nuevo tipo de familias que se verán en la sociedad, debido a que el acceso que se brindó a personas con inclinaciones sexuales homosexuales a adoptar, será un cambio que la sociedad deberá aprender, aceptar y ratificar como una nueva forma de convivencia social.

Será entonces deber del Estado, proteger y asegurar el correcto desarrollo de este tipo de familias, para que se dé una sana convivencia entre este nuevo tipo de hogares y las concepciones conservadoras de la sociedad; dando especial énfasis en la educación de los menores tanto desde el núcleo familiar como en el entorno escolar, para fomentar la aceptación y reconocimiento de la diversidad sexual como un elemento del libre desarrollo de la personalidad, el cual hará parte de la realidad social creando nociones abiertas y de tolerancia hacia la diferencia. De esta forma, el Estado colombiano asegura la protección especial del menor a tener una familia, y adicionalmente su derecho a la dignidad humana, ya que, no se puede desconocer la presencia de actos de discriminación y rechazo social que, en caso de omisión por parte del Estado, tendrán lugar en el diario vivir de la sociedad una vez la figura de la adopción igualitaria comience a denotarse en mayor medida.

Es por ese mismo hecho, en que los casos de discriminación en los que se puedan presentar, el Estado colombiano, en una permanente colaboración con el Ministerio de Educación, las instituciones educativas de primaria, secundaria y educación superior; deberán emprender jornadas de sensibilización frente al tema de las familias diversas, tanto a los alumnos como a los padres y docentes, pues esta nueva realidad social compete a todos y cada una de las personas que integran el Estado colombiano. Se requiere entonces, métodos de capacitación que permitan eliminar los estigmas que se encuentran hoy día en la sociedad frente a las parejas homosexuales y sus deseos de conformar familia para proteger la autoestima del menor, pues sería poco efectivo reconocer uno de sus más importantes derechos para que en la práctica social se vea rechazado o segregado de forma tal que afecten su vida.

Se requiere en igual medida un respeto por parte de aquellos grupos que se encuentran como contraposición a la adopción igualitaria, pues sus fundamentos se limitan a un falso “interés del menor” el cual como se ha demostrado, se ve protegido incluso cuando es adoptado por una pareja del mismo sexo. Es menester entonces velar por la no segregación del menor y de su familia por parte estos grupos que

dentro de la sociedad, son mayoría, que fundamentan sus discursos en falacias e impulsan a la discriminación, incluyendo en mayor medida a aquellos que cuentan con un respaldo político, pues como funcionarios al servicio del Estado, su deber debe estar limitado al cumplimiento de los fines del mismo y no, al uso de sus facultades para fomentar el odio y la división dentro del territorio nacional, sin tener en cuenta los pronunciamientos de los cuerpos colegiados que interpretan las leyes en pro de la justicia y la equidad.

La adopción igualitaria hoy en día es una realidad, protege los derechos del menor y vela por la seguridad, vida digna y por la vivencia de una adecuada infancia, es entonces necesario darle suma importancia al desarrollo y desenvolvimiento de esta nueva estructura familiar recientemente reconocida, por parte de todos y cada uno de los miembros de la sociedad dando siempre la relevancia que se merecen los derechos de los niños, dejando de lado la discriminación y los perjuicios que se tienen en torno a la comunidad LGBT, para asegurarle así una tranquila y adecuada infancia a los menores que hagan parte de las familias conformadas por parejas del mismo sexo. La forma de lograrlo, es intentando cambiar las mentalidades fanáticas y prejuiciosas demostrando que, con la aceptación de toda la nación, los menores crecerán con criterio, moral y ética; lo que les permitirá desenvolverse como personas de bien dentro de una sociedad inclusiva y respetuosa de la diversidad en cualquiera de sus representaciones.

21. Conclusiones

Entre tanto será preciso concretar que el fin último de la adopción consagrada en el Artículo 61 de la ley 1098 del 2006, entendida como “*una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza*”, no contiene ningún tipo de restricción en su esencia misma, y precisa que el vínculo paterno filial que ésta establece es entre personas sin que con esta mención limite el grupo de personas que pueden optar por ser parte de él; en un estudio de la norma encontramos además, en el Artículo 50 del Código de Infancia y Adolescencia, lo comprendido como restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y de ello entendemos que será la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y la reestructuración de su capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados, ya sea porque los perdieron o porque nunca hayan podido gozar de ellos. Encontramos entonces que la adopción es comprendida por la ley colombiana como una medida de restablecimiento de derechos por medio de la cual el estado y sus instituciones

garantizan a los menores institucionalizados o en estado de desprotección, la oportunidad de desarrollarse dentro de un núcleo familiar, sin que ello indique que el modelo contenido y entendido por la constituyente del 91 como la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, donde un hombre y una mujer se unen en matrimonio o para conformarla responsablemente, sea el único tipo de familia que subsiste en la sociedad Colombia actual, ni ella deba ser la única protegida por el Estado o la única apta para el crecimiento de los menores colombianos que se sitúan en estado de desprotección familiar.

Entendió entonces la corte, en sus últimos referentes, a saber, sentencias C 071 de 2015 Y C 638 de 2015 , frente al tema en comento, y sin fijar ni estándares ni parámetros nuevos frente a la adopción, que en virtud del interés superior del menor inmerso en la figura de la adopción, también deben comprenderse que las parejas del mismo sexo conforman una familia y que lo pertinente no será desconocerles o limitar el grupo de posibles padres adoptantes sino la implementación de educación sexual donde se eduque a la sociedad para afrontar estas nuevas formas de vida en familia. Se sabe entonces hoy que lo debido no será excluir tajantemente en razón a una opción sexual, sino la generación de estudios caso a caso que permitan a las instituciones encargadas, discernir si los postulados para adoptantes responden a los requisitos descritos en el Artículo 68 de la ley 1098 de 2006.

Lo claro a lo largo de este análisis será pues, que en consonancia con lo expresado por la alta corte, organismos e instituciones que han analizado la procedencia de la adopción por parte de familia homoparentales frente al interés superior del menor, es que resulta incompatible con nuestra constitución política, la restricción deliberada a las parejas del mismo sexo para adoptar pues ello no encuentra una justificación en nuestra constitución ni en la ley.

Es obligación de la ley proteger el interés superior de los menores a tener un hogar, sea cual sea la edad y condición, así como el derecho de las personas a conformar una familia según sus formas de vida y preferencias de desarrollo social.

Es necesario generar un test de ponderación entre los derechos que se enfrentan, pues esto implica abrir las puertas a la oportunidad de hacer una reflexión libre de pensamientos pretensivos sobre las personas que pretenden adoptar. El interés superior que tiene la niñez, obliga al Estado y a todas sus instituciones a centrar la atención en la idoneidad y capacidad de las personas de brindar un hogar seguro a los mismos, así; esto conlleve a una ruptura de imaginarios y paradigmas que quebrante la costumbre y los comportamientos que hasta hoy dábamos por correctos. Tratándose del tema de la adopción por parte de familias homoparentales

resulta completamente cierto realizar la aseveración de lo irrelevante de la orientación sexual e identidad de género de los padres prospecto.

No consentir la adopción, por parte de parejas homosexuales, es una medida abrupta, contraria a derecho y que abiertamente atenta contra el interés superior del menor; impidiendo que niños, niñas y adolescentes según concepto de la defensoría del pueblo alcancen la concreción de sus “derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separados de ella, optimizando sus condiciones materiales de dignidad y el acceso a mejor calidad de vida”.

Expuesto lo anterior, es claro que resulta legal y jurisprudencialmente acertado asegurar que las parejas heterosexuales como las pertenecientes a la comunidad LGBTI, tienen igualdad frente a derechos y obligaciones que puedan contraer a consecuencia de su unión; y de este modo ya no se hallan motivos ni fácticos ni jurídicos para la creación de barreras que limiten la conformación de una familia capaz de postularse para recibir a un menor bajo la figura de la adopción. Por lo anterior, es constitucionalmente inadmisibile, respecto al mecanismo de adopción, la justificación que por tratarse de familias conformadas de manera diversa debe aplicárseles un régimen distinto, pues el papel de la adopción sea por parte de parejas heterosexuales u homosexuales debe contribuir a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad o institucionalizados a tener una familia, a no ser separados de ella y crecer en ambientes dotados de amor, principios y valores.

22. Referencias

ANGULO MENASSÉ, Andrea, et al. Experiencia de familias Homoparentales con Profesionales de la Psicología en México, Distrito Federal, es una aproximación cualitativa. Cuicuilco. Revista de la Escuela Nacional de Antropología e Historia. Vol. 59. 2014 P.213. [consultado el 2 de marzo de 2016] Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/351/35131858010.pdf>

BUILESTRELLA GARCIA, Eva, et al. LA ADOPCIÓN POR HOMOSEXUALES, Anuario de Psicología Jurídica, 2004.Vol. 14, P.82 [Consultado el 26 de febrero de 2016] Recuperado de: <http://www.mlapastora.com/articulos/LaAdopPorHomosex.pdf>

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 54 De 1990. (28, diciembre,1990) por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Diario Oficial 39615

COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 100 DE 1993. (23, diciembre,1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41.148

COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 979 DE 2005. (26, julio, 2005) Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes. Diario Oficial 45982

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1098,2006. (08, noviembre, 2006) Mediante el cual se expide el Código De La Infancia Y La Adolescencia. Diario Oficial 46446.

COLOMBIA.CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA.1991

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-071.2015. Referencia: Expediente D-10315.18, febrero, 2015.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C- 075.2007. (7, febrero, 2007) Referencia: expediente D-6362.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-560.1997. (6, noviembre, 1997). Referencia: Expediente D-1581.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-683. 2015. (4, noviembre, 2015). Referencia: expediente D-10371.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-802.2009. (10, noviembre, 2009). Referencia: expediente D-7415

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-811.2007. (3, octubre,2007) Referencia: expediente D-6749.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-814.2001. (2, agosto, 2001). Referencia: expediente D-3378.

COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-821.2005. (9, agosto, 2005). Referencia: expediente D-5666.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-886.2010. (11, noviembre, 2010). Referencia: Expedientes D- 7882 y 7909 acumulados.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-617.2014. (28, agosto, 2014). Referencia: expediente T-2597191.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA SU-214.2016. (28, abril, 2016) Referencia: expediente T- 4.167.863 AC.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-051.2010. (2, febrero, 2010). Referencia: expediente T-2.292.035. Expediente T-2.299.859Expediente T-2.386.935

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-309/08. (4, abril, 2008). Referencia: expediente T-1.504.257.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-836.2014. (11, noviembre, 2014). Referencia: expediente T-4405858.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. DECRETO 2737 DE 1989. (27, noviembre, 1989). Por el cual se expide el Código del Menor.

DOMINGUEZ DE LA ROSA, Laura et al. Líneas emergentes de investigación en las prácticas de trabajo social: la homoparentalidad. Portularia. Vol. 12. 2012. [consultado el 13 de marzo de 2016] Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=161024437018>

ESTRADA VELEZ, Sergio, Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Revista de Derecho. Universidad del Norte. No 36. Barranquilla. 2011. P.136. [consultado el 22 de marzo de 2016] Recuperado de: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/1574/2219>

FRÍAS NAVARRO, Maria Dolores et al. Hijos de padres homosexuales: qué les diferencia. Universitat de València. P. 3 [consultado el 2 de abril de 2016] Recuperado de: http://www.familieslg.org/_comun/bibliografia/pdf/frias_2004.pdf

GOMEZ BENGOCHEA, Blanca Y BERASTEGUI, Ana. El Derecho del Niño a Vivir en Familia. Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales. Vol. 67. 2009. P.180. [consultado el 16 de abril de 2016] Recuperado de:

http://www.usfx.bo/nueva/vicerrectorado/citas/SOCIALES_8/Derecho/9.pdf

GRANADOS PÉREZ, Francisco. En búsqueda de la normalidad, Papeles del Psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos, 1995, junio. Vol. 37. No 61 [consultado el 16 de abril de 2016] Recuperado de: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=666>

HOYOS ROJAS, Luis Miguel. El método neo constitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales. Revista de Derecho Privado. Vol 47. Universidad de los Andes.2012. P. 21. [consultado el 19 de abril de 2016] Recuperado de:

https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri446.pdf

LORA, Laura Noemi. Discurso jurídico sobre el interés superior del niño. Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suarez, Mar de Plata.2006. P.3. [consultado el 18 de agosto de 2016] Recuperado de:

<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>

MEXICO. CÁMARA DE DIPUTADOS EL HONORABLE CONGRESO DE LA UNION. CÓDIGO CIVIL FEDERAL (26 DE MAYO, 14 DE JULIO, 3 Y 31 DE AGOSTO, 1928). Últimas reformas el (24, diciembre,2013)

MIGUEL. De Angeles y VALCARCE, Mercedes. Homosexualidad y adopción: Importancia de la adquisición de una identidad sólida, Papeles del Psicólogo: Revista del Colegio Oficial de Psicólogos, 1995, junio. Vol. 37. No 62 [consultado el 10 de mayo de 2016] Recuperado de:

<http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=681>

MOLINER NAVARRO, Rosa. Adopción, familia y derecho - Adoption, family and Law. Revista Boliviana de Derecho.2012. P.98-121. [consultado el 5 de junio de 2016] Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4800130.pdf>

MORENO, Paola. Producción de evidencia psicológica en el debate jurídico sobre adopción gay en Colombia. Universitas Psychologica. Vol.13. 2014. [consultado el

13 de marzo de 2016] Recuperado de:
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revPsycho/article/view/7330/10203>

MORENO VILLARES, José Manuel La cara oculta de la adopción por parejas del mismo sexo. Revista Pediatría Atención Primaria. Vol. 7. 2005. [consultado el 5 de junio de 2016] Recuperado de:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=366638654013>

PATTERSON, J.Charlotte. Children Of Lesbian And Gay Parents. Advances in Clinical Child Psychology. New York.1997. Vol.19. P. 257-264. [consultado el 11 de agosto de 2016] Recuperado de: <http://people.virginia.edu/~cjp/articles/p97.pdf>

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli. El Reconocimiento De Las Uniones Homosexuales. Una Perspectiva De Derecho Comparado En América Latina. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, núm. 130,2011 p. 209. [Consultado el 18 de abril de 2016] Recuperado de:
<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n130/v44n130a7.pdf>

UNICEF. COMITÉ ESPAÑOL. Convención De Los Derechos Del Niño. junio.2006. Art. 3 P.10. [consultado el 26 de febrero de 2016] Recuperado de:
<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILAR:
<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF>

PORTAL EL TIEMPO: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/encuesta-ipsos-napoleon-franco-colombianos-se-opone-a-la-adopcion-de-parejas-gais/15682575>

PRADILLA RIVERA, Silvia Juliana. Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2011. P. 332. [consultado el 16 de agosto de 2016] Recuperado de:
<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/1509/1411>

LEY 54, Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes (CONGRESO DE LA REPUBLICA 1990).

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E. (2011). El Reconocimiento de las uniones homosexuales - Una Perspectiva de Derecho comparado en América Latina (130 ed.). México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n130/v44n130a7.pdf>

Valcarce y de Miguel, Á. y. (Junio de 1995). "Homosexualidad Y Adopción: Importancia De La Adquisición De Una Identidad Solida". (C. G. España, Ed.) Papeles del Psicólogo(62). doi:0214 - 7823