

Determinaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana frente a la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo

ANA MARIA HERRERA DE LOS RÍOS

Trabajo de grado para obtener el título de abogada

Asesora: DRA. LUZ ELIANA GALLEGO

Universidad de Manizales
Facultad de ciencias jurídicas
Programa de derecho
Manizales

2017

Tabla de contenido

Resumen	3
Abstract	4
Introducción.....	5
1. Planteamiento del problema de investigación	7
1.1 Estado del arte.....	7
1.2 Descripción del problema.....	14
2. Referente Teórico.....	18
2.1 Marco Conceptual.....	18
2.2 Marco Legal o Normativo	20
3. Metodología.....	24
3.1 Tipo de investigación	24
3.1.1 Instrumentos de recolección de la información.	25
4. Fases de Ejecución del Proyecto.....	26
5. Resultados.....	27
5.1 De las determinaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional	27
5.2 Del activismo judicial como efectivización de derechos.	38
5.3 Del sentir- pensar acerca de los derechos fundamentales de las minorías	40
6. Conclusiones.....	46
Trabajos citados	48

Resumen

Los cambios sociales en las últimas décadas han sido vertiginosos, las necesidades de los seres humanos también han sufrido variaciones, algunas más profundas que otras, lo que ha ocasionado que el derecho y la normatividad deban adecuarse a las exigencias de la sociedad actual.

El estado y la sociedad colombiana han visto como de manera continua y gracias a la Constitución de 1.991 se han transformado conceptos, derechos y obligaciones de la población, algunas de esas transformaciones se han convertido en verdaderos referentes que han hecho historia, en ocasiones dividiendo las opiniones de los distintos actores sociales; sin embargo lo que es indiscutible es que con el surgimiento de la Corte Constitucional Colombiana las minorías que antes parecían simplemente no existir se han convertido en protagonistas principales de sus propias vidas provistas de derechos que antes les eran negados, todo gracias al activismo judicial.

Palabras Claves: Corte Constitucional Colombiana, jurisprudencia, Menores de edad, Adopción, Parejas homosexuales, Familias homoparentales.

Abstract

The social changes in the last decades have been vertiginous, the needs of human beings have also undergone some more profound variations than other, What has caused the law and regulation to conform to the demands of today's society.

After the above, the state and the Colombian society have seen as continuously and thanks to the Constitution of 1991 have transformed concepts, rights and obligations of the population, some of these transformations have become true references that have made history, sometimes dividing the opinions of the different social actors, however, is indiscutible that with the emergence of the Colombian Constitutional court, the minorities that previously seemed to simply not exist have become the main protagonists of their own lives, provided with rights that before them they belonged, all thanks to judicial activism.

Key Words: Colombian Constitutional court, jurisprudence, Under Age, Adoption, Homosexual couples, homoparental family.

Introducción

Las determinaciones jurisprudenciales emanadas de la Corte Constitucional Colombiana, se han convertido en el mecanismo más efectivo para que los derechos de la población ignorada, estigmatizada o segregada puedan convertirse en derechos ciertos, y vivibles a plenitud.

En la década de los noventa, la homosexualidad fue retirada de la lista de enfermedades, y su medicalización fue erradicada de los tratamientos médico-psiquiatras, transformando su concepto de condición de anomalía o desviación a opción de vida; a partir de allí la sociedad fue sufriendo una transformación hasta que lentamente surgieron a la luz, una gran cantidad de ciudadanos con la única pretensión de recibir un trato igualitario conforme reza la Constitución y la ley.

El camino recorrido no ha sido fácil, la sociedad sentipensante se ha visto inmersa en controversias y debates en torno al reconocimiento de los derechos fundamentales de las minorías, que en algunas ocasiones han polarizado la opinión pública y han puesto en tela de juicio el buen nombre de los Magistrados Constitucionalistas que con pensamientos progresistas y liberales han girado el rumbo de sus decisiones y han equilibrado la balanza de poderes, en pro de la dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad y del trato igualitario de la población homosexual.

Como era de esperarse las opiniones contrarias no se han hecho esperar, los disidentes de la jurisprudencia garantista de la Corte han argumentado que los Magistrados están arrebatando funciones que le corresponden al legislativo, que no están respetando la separación de poderes y que con ello atropellan de golpe la moral ciudadana. Otros por el contrario, alaban la valentía de la Corte Constitucional y aducen que los derechos fundamentales han surgido para ser defendidos por todas las ramas del Poder Público, pero que a falta de iniciativa del legislativo a quien democráticamente le corresponde positivizarlos, ha tenido que ser la Corte Constitucional la que se ha visto obligada a alzar la bandera de las libertades y los derechos y en clave del activismo judicial ha debido concederlos.

El presente artículo pretende hilar esas determinaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional específicamente frente al tema de la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo, a partir del reconocimiento doctrinal de que Familia es aquella conformada por parejas tanto hetero como homosexuales, pues en ellas se predica la convivencia singular, el afecto, la ayuda y el socorro mutuo. Dichas determinaciones se entrelazaron con los pensamientos y aspiraciones de algunos actores sociales como la iglesia católica, funcionarios y ex funcionarios del ICBF, así como parejas homoparentales, para explicar cómo siente la sociedad colombiana este gran paso de permitir que NNA abandonados puedan gozar del amor y protección de una familia y pertenecer a ella sin importar su composición.

Para finalizar, se utilizó la investigación de enfoque cualitativo, de corte histórico hermenéutico trabajando desde la descripción y explicación. Se usaron como técnicas de recolección de información la entrevista y la elaboración de fichas bibliográficas y el análisis se hizo bajo el esquema de triangulación.

1. Planteamiento del problema de investigación

1.1 Estado del arte

La adopción de menores de edad por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo es un tema que ha sido abordado en múltiples investigaciones a nivel internacional, en especial en países como Reino Unido, Canadá, España, Brasil, Argentina y Estados Unidos. En Colombia el asunto es reciente y ha causado controversia en distintos sectores sociales que tienen distintas miradas sobre un mismo escenario: la adopción de menores de edad por parte de las llamadas Familias Homoparentales.

Como parte de la revisión de antecedentes desde el contexto internacional y nacional se encontraron algunos referentes.

Por ejemplo, la investigación realizada por la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata en Argentina, tiene como Objeto conocer La distribución de los roles de la parentalidad, en familias con parejas del mismo sexo analizando si el hecho de poder elegir una posición sexual para la elección de pareja, les permite a varones o mujeres poder repensar los roles de cada uno de ellos en la crianza de sus hijos.

Los investigadores utilizaron entrevistas semi ó estructuradas (metodología) enfocadas a tipos o formas puntuales de familia como: familias monoparentales, familias con integrantes del mismo sexo, familias sin hijos por decisión propia y familias ensambladas; en todas ellas se evaluó las modalidades de la diversidad en el ejercicio de la parentalidad y la pareja, al igual que las diferencias planteadas entre hombres y mujeres en el mismo ejercicio.

Vidal (2011). Basados en las vivencias de los actores los investigadores evidenciaron que los roles materno ó paterno no guardan relación directa con son su propia biología, õpues actores encerrados en cuerpos de hombre sienten el llamado de la maternidad y no de la paternidadõ, por tanto las masculinidades o feminidades no son eternas, pues hay quienes intentan redefinir su identidad; Se sostiene que uno u otro de los roles parentales puede llevarse a cabo indistintamente por las mujeres o los varones biológicamente hablando, el estudio concluye

que dichas parejas tienen muy definido y separado su lado erótico-afectivo de su rol parental, y se posee claridad frente a significaciones como: Instinto maternal, Autoridad parental, Padre ausente entre otras (Vidal, I, 2011)

Uno de los principales temores de los detractores de la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo en Colombia, tiene que ver con la creencia respecto a la confusión que sufrirán los menores adoptados por dichas familias en cuanto a los roles materno o paterno. En este punto el estudio citado aporta a este proyecto una luz en el sentido de que los hijos adoptivos no tendrán tal confusión de roles dentro de sus familias homoparentales (dos padres, dos madres), ya que desde que la pareja ha decidido por la adopción o la crianza ha hecho arreglos en su dinámica interna estableciendo claramente los roles que cada miembro asumirá frente a la crianza de sus hijos, roles que están separados de su relación erótica o afectiva, tal como quedó demostrado en la investigación consultada.

La licenciada en ciencias antropológicas Dra. Mariela Pena, centra su problemática en el debate de la normalidad o aptitud de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género para ser padres, que antecede a su posibilidad de adoptar niños y niñas en la provincia de Buenos Aires (Argentina). En su investigación muestra como a pesar de la existencia de una mayor apertura en el marco legal argentino, esto no ha significado una realidad menos discriminatoria, pues ésta debe acompañarse de un proceso de realidad ideológica y social cuyos tiempos son más prolongados (Pena, M, 2012)

La investigación en mención recurrió a estudios realizados en Estados Unidos, donde se elaboraron comparativos de crianza entre familias con uno o más miembros declarados homosexuales respecto a los heterosexuales, arrojando conclusiones favorables que se apoyan en la comprobación de que los hijos de padres con orientación sexual, serían tan normales como los criados por los heterosexuales, esto ante la preocupación de la futura orientación sexual de la prole, lo cual se vio disipado con estudios como los de COGAM & DOSSIER (citado por Pena, 2012,p.88). y que concluyen "Ni existe una particular influencia sobre la futura orientación sexual de los hijos ni se percibe algún trastorno o deficiencia en la educación o el desarrollo psicosocial del niño educado en una familia homosexual" (p.88).

Los resultados de los estudios de Stacey & Biblaiz (citados por Pena, 2012,p.89), destruye otro argumento esbozado por los sectores contrarios de la adopción por parte de parejas homosexuales: La capacidad y competencia de los padres homosexuales frente a la crianza de sus hijos, estos investigadores confirman que los progenitores lesbigay son tan competentes y efectivos como los progenitores heterosexuales.

Respecto a la lectura de esta investigación es importante, pues aporta bases desde lo científico al proyecto en curso, ayudando a desmontar creencias y prejuicios de algunos sectores sociales que consideran que la orientación sexual de los padres, influirá de manera directa y negativa sobre la identidad sexual de sus hijos condicionándolos en un futuro. Ya se ha comprobado que la orientación homosexual o heterosexual no es condicionante para la aptitud de crianza, por lo tanto los padres homosexuales son tan capaces y competentes como los heterosexuales al momento de criar hijos(as), lo que dejaría sin argumentos a algunos críticos conservadores de la adopción en personas de diversidad sexual, que temen por la seguridad y estabilidad de los menores de edad a cargo de este tipo de familias.

La ponencia de (Frías, M, Pascual, J & Monterde, H, 2003), analizan un punto álgido para las parejas homosexuales y su deseo de paternidad: La percepción de la calidad de la parentalidad homosexual (homoparentalidad) y su repercusión sobre el niño, en las esferas del ajuste emocional, cognitivo y afectivo. La investigación consultada tuvo como población objetivo 102 estudiantes universitarios de la ciudad de Valencia España, con una edad media de 22 años, a los cuales se les aplico un cuestionario sobre la homosexualidad y los efectos sobre la crianza de los niños.

Según los resultados de la investigación, a pesar de la existencia de un mayor reconocimiento y respeto al individuo homosexual, dicho reconocimiento individual aún no se traslada totalmente a la esfera de la familia homoparental que sigue viéndose como un tipo de familia òdiferenteö a causa de su composición.

Con referencia a la anterior publicación, esta hace énfasis en otras investigaciones y publicaciones que se han venido realizando desde finales de la década de los años 70, donde se

han elaborado revisiones sistemáticas sobre hijos de padres y madres homosexuales y que se han publicado en las principales revistas psicológicas y psiquiátricas. En términos generales la evidencia científica incluida por la Dra. Frías en su artículo, señala que las facultades parentales de los padres gay o madres lesbianas no difieren estadísticamente de los padres heterosexuales Allen, Burrell, Brewaeys Hall, Goodman, Emery & Haugaard (citados por Frías, M, Pascual, J & Monterde, H, 2003). En cuanto a la calidad parental hace referencia a estudios elaborados por Bigner, Jacobsen, Chan, Brooks, Raboy & Patterson (citados por Frías, M, Pascual, J & Monterde, H, 2003), donde se concluye que los padres y las madres homosexuales ejercen sus funciones parentales de cuidado, afecto y orientación de un modo no estadísticamente diferente a los padres heterosexuales.

Cabe decir que los hijos de las familias homoparentales desarrollan una identidad sexual que no se ve afectada por la orientación sexual de sus padres, incluyendo los roles de género los cuales son perfectamente ajustados, de tal manera que el ajuste y equilibrio emocional de los hijos depende más de las aptitudes que de la condición sexual de sus padres, ya que un buen padre o una buena madre no está relacionado con la condición heterosexual u homosexual, sino en saber cubrir las necesidades que los niños manifiestan, dar amor y consistencia en las relaciones familiares.

En cuanto a las conclusiones del estudio de (Frías, M, Pascual, J & Monterde, H, 2003) se tienen los siguientes:

A pesar que la homosexualidad no se percibe como un trastorno psicológico ni moral, se tiene la percepción de que los niños criados y educados por parejas homosexuales tendrán problemas en cuanto al rechazo social, porque aún se considera diferente a la familia homosexual, y su composición provoca desajuste social y burlas.

Los problemas de los niños no provienen de la identidad sexual de sus padres, ni de un posible comportamiento antisocial, sino de la estigmatización por parte de la sociedad, verdadera fuente de las dificultades de estos niños, provocadas por la dureza de los juicios y la reprobación social frente a los intereses sexuales de sus padres (p.5)

Por lo tanto se considera necesario generar un cambio de pensamiento en el colectivo social, siendo indispensable la normalización de los diversos tipos de familia para lograr que éstas desarrollen sus facultades de manera positiva.

En relación con este estudio, es relevante para este el presente proyecto pues analiza puntos considerados primordiales a la hora de la aceptación de la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo, hace alusión y da claridad a temas controversiales como: Los estereotipos negativos de la homosexualidad, la poca capacidad parental de los homosexuales, la menor aptitud maternal, la posibilidad de mayor pedofilia y el desajuste psicosocial de los niños criados y educados por parejas de homosexuales; muchos por no decir todos estos pensamientos, invaden el sentir pensar de múltiples actores sociales colombianos que se muestran reacios a aceptar la adopción de menores de edad por parte de parejas homoorientadas.

En contraposición (Sullins,P, 2015) sacerdote y sociólogo estadounidense, realizó una investigación con un total de 512 niños de padres del mismo sexo, seleccionados de la Encuesta Nacional de Entrevistas de Salud de los Estados Unidos, en la cual desvirtúa la conclusión de "No Diferencia" de otras investigaciones; lo anterior fundamentado en que casi todos los estudios en que se basa la conclusión de "No Diferencia" son muy limitados, pues presentan muestras no aleatorias y no representativas; como por ejemplo, la utilización de muestras de menos de 100 padres/ hijos, con un nivel de educación universitaria, pertenecientes a la raza blanca y con ingresos económicos altos.

Para desarrollar el estudio Sullins (2015) trabajó con cinco tipos de familias parentales para analizar las estructuras familiares del sexo opuesto: familias nucleares, padres casados con hijos adoptivos o extendidos, padres divorciados que conviven con sus hijos biológicos o adoptivos, familias individuales donde uno o más niños coexisten con un adulto y familias con padres del mismo sexo.

Como resultado de dicha investigación se encontró que la probabilidad de tener dificultades emocionales o de comportamiento es de 2.1 veces más alta en niños criados por padres del mismo sexo que en niños criados por familias heterosexuales, que la proporción de niños que utilizan los servicios de salud mental (medico general para problemas de salud mental) es mayor en 1.7 veces en los pertenecientes a familias homoparentales que los de las familias heterosexuales.

(Sullins,P, 2015),concluye lo siguiente:

Los niños con padres del mismo sexo tienen más del doble de probabilidades para manifestar problemas emocionales, que los niños con padres del sexo opuesto.

La estabilidad familiar tiene un efecto importante en el desarrollo de problemas emocionales de los niños. Los niños con padres del mismo sexo muestran desventajas notables en comparación con los niños de otras familias (p.103).

Esta investigación se incluye en los antecedentes de éste proyecto por dos motivos esenciales, en primer lugar porque el informe Sullins fue enviado por la Procuraduría General de la Nación a la Corte Constitucional Colombiana, y en él se apoyó el Procurador de entonces Dr. Ordoñez, para cimentar su postura contra la adopción de niños por parte de parejas homosexuales, y en segundo lugar porque sus resultados arrojan conclusiones opuestas a los resultados de las demás investigaciones hasta aquí incluidas.

El informe de Rekersö es reconocido a nivel mundial debido a que con él se frenó la adopción gay en el estado de La Florida en Estados Unidos; para esa ocasión el neuropsiquiatra preparo un informe de 75 páginas con argumentos científicos sobre las diferencias entre parejas homosexuales y heterosexuales y el impacto que tienen los niños al criarse en hogares homosexuales.

Para el (Reckers, G, S.f), existen por lo menos seis motivos principales por los cuales debe prohibirse la adopción de niño(as) a parejas del mismo sexo:

La estructura y forma de vida de una pareja homosexual expone a los niños adoptados en un nivel de stress mucho mayor que el que se vive en una pareja heterosexual. Por otra parte, se sabe que la frecuencia de depresión, ideas suicidas, alteraciones del comportamiento y abuso de alcohol y drogas, es mucho más frecuente entre parejas homosexuales que heterosexuales.

Las uniones homosexuales son mucho más inestables y más cortas que las heterosexuales, por lo que sería mucho más frecuente que se interrumpiera la adopción o esta fracasase.

La estructura de la unión homosexual hace que el niño carezca de todas las aportaciones positivas que solo están presentes en las uniones heterosexuales.

Tienen problemas de desarrollo social y psicosexual, ya que el niño no tiene la identificación con el padre y el papel complementario de la madre.

Poseen peores resultados académicos Vs los hijos de los padres casados que obtuvieron los mejores resultados académicos en lenguaje, matemática y ciencias sociales.

Tienen más problemas para relacionarse, ya que se muestran más tímidos e inseguros en el momento de trabajar en equipo, así como más temerosos a la hora de hablar sobre sus familias (p.48).

Lo anterior expuesto es importante para el proyecto en curso ya que tiene bien definido lo que el investigador considera son los motivos por los cuales se debe negar la adopción de menores de edad por parte de familias homoparentales, y además por el impacto que tuvo en la Corte del Estado de La Florida EEUU.

Otro estudio consultado fue la monografía sobre *Adopción por parejas del mismo sexo*, de los estudiantes (Ballesteros, R & Rodríguez, C, 2013), que tiene como objetivo el mostrar desde una perspectiva neutral, la situación actual de las parejas del mismo sexo frente a la adopción, los puntos a favor y los puntos en contra, y sus alcances sociales y jurídicos.

En éste sentido los autores ponen en consideración el rol preponderante de la iglesia católica en el concepto tradicional de familia, y como la fe católica permeó la legislación colombiana. Así mismo la evolución de la regulación colombiana sobre el matrimonio, hasta llegar a la actualidad cuando se reconoce que las uniones de personas del mismo sexo también son familia. Analizan variadas jurisprudencias emanadas de la Corte Constitucional y sus efectos en las leyes promulgadas, como los efectos en la cobertura de salud, de derecho a la pensión de supervivencia etc., basados en el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, del respeto a la dignidad humana y en la prohibición de un trato discriminatorio.

Posteriormente, en este recorrido llegan hasta la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan acceder a la paternidad por medio de la adopción, cuyo fundamento constitucional es el derecho de los niños y niñas a tener una familia, haciendo un recuento de los requisitos para la declaratoria de adoptabilidad de un menor de edad, así como de las exigencias de ley para la adopción.

En relación con esto último, los autores en mención, hacen referencia al argumento principal de los detractores de la adopción por parte de parejas del mismo sexo el cual es: *la falta de idoneidad moral* (Ballesteros, R & Rodríguez, C, 2013. p. 49), por parte de las

personas con inclinaciones sexuales y esgrimiendo que dicha idoneidad contenida en el artículo 68 del código de Infancia y Adolescencia es requisito esencial para que una persona pueda llegar a adoptar.

De igual forma que las publicaciones y ponencias anteriores los autores basados en estudios internacionales ponen de manifiesto que no hay diferencias entre los niños criados por familias homosexuales y los niños criados por familias heterosexuales, además de lo ya reiterado por los investigadores *Todo lo que los niños demostraron necesitar era el estímulo de sentirse queridos*.

1.2 Descripción del problema

La sociedad es una estructura que siempre está en constante evolución, y la familia como núcleo esencial de la sociedad no ha sido ajena a esos cambios, muy por el contrario tanto su concepto, como su forma de composición, su estructura y funcionalidad han variado de manera significativa, motivo por el cual hoy nos enfrentamos a diversas realidades y formas de familia.

Colombia ha vivenciado esta evolución social, mediante realidades que evidencian nuevas formas de familia, muestra de ello es que colectivos que antes eran satanizados y/ o considerados como simples minorías ahora se muestran visibles y protegidos bajo el amparo constitucional; y es que la Constitución del 91 ha sido base para el reconocimiento de multiplicidad de derechos, muchos de los cuales bajo la Constitución anterior eran simplemente impensables. Sumado a esta garantía constitucional se encuentran los innumerables esfuerzos realizados por los colectivos (como la comunidad LGBTI), que a base de lucha constante han ido surgiendo de la indiferencia, y ganando para sí derechos que hasta hace poco estaban sólo concebidos para individuos heterosexuales, tal como el derecho fundamental de conformar una familia, establecido en el artículo 42 de la Constitución Política Colombiana de 1.991.

Antinente a lo anterior y en materia Jurídica, se consideraba que la determinación de las fuentes de familia se podían clasificar en tres pilares: Primero con una concepción natural o biológica, enmarcada en la procreación y la crianza de la prole, que se asemejaría a la unión marital de hecho. Como segunda situación una concepción moral que corresponde al matrimonio

como contrato y como ritual en el ámbito religioso, y por último una concepción artificial que se enmarca en la figura de la adopción (Arévalo, N, 2014). Con el transcurrir del tiempo y por obra de los cambios sociales se vislumbran escenarios claros de una evolución entre los que se destacan: el reconocimiento de las familias con ausencia del padre o de la madre, extensión de los derechos de manutención a las parejas encargadas de las labores del hogar, a los hijos menores de edad o estudiantes una pensión alimenticia¹, y por último el reconocimiento a las parejas conformadas por personas del mismo sexo que gracias al activismo judicial, hoy día se les considera familia.

La sentencia (Corte Constitucional, 2016) de la Corte constitucional SU- 214 de 2016 con ponencia del magistrado Alberto Rojas Rios, manifiesta:

Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. (í) En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual (p.8).

La anterior sentencia, exhorta al legislativo para que en aras de la igualdad positivice el matrimonio igualitario, denomina familia a toda forma diversa en su conformación, y recalca acerca la prohibición de los tratos discriminatorios, máxime cuando el Estado colombiano se jacta de ser un Estado Social de Derecho, pluralista e incluyente en el que se garantizan los derechos fundamentales de todos sus ciudadanos sin distinción alguna, incluido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el de la dignidad humana y por supuesto el derecho de una opción sexual, aunque ésta sea diferente.

Cabe recordar, que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1.989, reconoce los derechos de los niños a tener una familia, un nombre y un hogar, así mismo que dicha convención ha sido ratificada en Colombia por la Ley 12 de 1.991 y por si fuera poco, la Constitución Política de 1.991 en su artículo 44 pone de manifiesto el interés superior del menor, como garantía de que

será un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA)

Fundamental resulta en este punto el concepto y finalidad de la adopción en Colombia y para esto se trae a colación el concepto emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), como órgano encargado de velar por la protección y el desarrollo de los NNA colombianos, los cuales están contenidos en sus lineamientos técnicos administrativos para la atención de familias:

Adopción: Es principalmente y por excelencia, una medida de protección integral al niño, niña y adolescente 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.

Entonces sí todas las condiciones están dadas, si la Constitución Política Colombiana consagra el principio del interés superior del menor, si protege el derecho fundamental a tener una familia, si prohíbe todo trato discriminatorio, si promulga la igualdad material, pero aparte de todo la Convención Americana de Derechos Humanos promueve y obliga a los Estados parte a la protección y promoción de dichos derechos a nivel interno, además de promulgar leyes que busquen la protección y efectivo goce de esos derechos por parte de sus ciudadanos, no se entiende el continuo desdén del legislativo por hacer un trabajo para el cual fue elegido democráticamente dejando así, que esa tarea sea realizada por la Corte Constitucional Colombiana (en adelante CCC) , la cual a través de su jurisprudencia, se ha convertido en creadora y/o reconocedora de derechos.

Pregunta: ¿Cuáles han sido las determinaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana para la adopción de menores de edad por parte de parejas integradas por personas del mismo sexo?

Objetivo General: Analizar las determinaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana para la adopción de menores de edad por parte de parejas integradas por personas del mismo sexo.

Objetivos Específicos:

- Identificar las determinaciones que establece la Corte Constitucional Colombiana para la adopción de menores de edad por parte de parejas integradas por personas del mismo sexo.
- Establecer el impacto de la Corte Constitucional Colombiana partir del activismo judicial para el reconocimiento de la adopción en parejas del mismo sexo.
- Determinar las garantías de la jurisprudencia colombiana para la adopción de menores de edad por parte de parejas integradas por personas del mismo sexo, a partir del Sentir Pensar de diferentes actores sociales.

2. Referente Teórico

2.1 Marco Conceptual

Determinación Jurisprudencial de la Corte Constitucional: La presente categoría se construyó teóricamente desde el concepto de activismo judicial desarrollado por autores como Alexander Bickel y Carlos Alberto Agudelo.

Según Alexander Bickel (Verly, H, 1991), el activismo judicial es el mecanismo utilizado por los jueces cuando en lo referente a asuntos constitucionales extraordinarios, el legislador no entrega respuesta oportuna a una demanda social. Los jueces después de un tiempo prudencial de espera respecto a la acción del poder legislativo, pueden entrar a decidir cómo responder a esa exigencia social. Por tanto, dicha postura judicial es considerada por Bickel como un poder Pro- Democrático frente a los llamados que hace la sociedad con fundamento constitucional y que se consideran de trascendencia nacional.

El activismo judicial se realiza sin usurpar la responsabilidad de otros órganos, son casos fuertemente debatidos en la sociedad pero que no encuentran respuesta alguna por parte del legislativo quien teniendo la primera palabra frente al tema, debió pronunciarse pero no lo hizo dentro del desarrollo de la democracia.

Para el caso objeto de estudio, la CCC representa argumentativamente los clamores de la sociedad, reconciliando el Constitucionalismo con la Democracia a través del diálogo, esto no sólo funciona frente a normas inconstitucionales, sino también para fundar sentencias de los jueces como guardianes de la constitución, ya que como lo menciona (Agudelo, C, 2015) ò El derecho más que trabajarse a partir de teorías, se investiga a través de casos reales, lo que permite al poder judicial ganar el respaldo de la sociedad cuando ven protegidos sus derechos en los estrados judicialesö (p.203).

Como consecuencia de esto, la Corte Constitucional esta predestinada a ser la voz de la razón (Agudelo, C, 2015), a concretar las aspiraciones constitucionales de la sociedad, teniendo

en cuenta sus precedentes jurisprudenciales sin desconocer la política actual, las necesidades de los ciudadanos, los poderes públicos, revisando siempre la democracia que está construyendo. Desde este punto de vista los jueces se convierten en complemento del legislador, en un órgano dinamizador de la Ley que a través del diálogo interinstitucional favorece los derechos exigidos por movimientos sociales o minorías sin tener que esperar la respuesta lenta del legislativo.

De los planteamientos anteriores, queda claro que la CCC debió tomar la iniciativa frente al papel preponderante de garantizar los derechos de los niños colombianos abandonados, máxime cuando han pasado varias legislaturas sin que se evidencie una voluntad real de solucionar una situación que para los niños que se encuentran bajo custodia del ICBF cada día es más difícil, ya que las posibilidades de encontrar una familia que los adopte se ve disminuida a medida que transcurre el tiempo; y es que según dicha entidad los niños mayores de 9 años de edad, los que pertenecen a grupos de 2 ó más hermanos, los niños con discapacidad física o mental o aquellos que poseen alguna enfermedad crónica entran a engrosar la ya robusta lista de NNA de difícil adopción en el país.

Lastimosamente muchos menores de edad en Colombia pasan su infancia y parte de su adolescencia en uno o más hogares sustitutos o de paso, dichos hogares son cuidadosamente seleccionados por el ICBF y tienen como finalidad brindar una medida protectora a los NNA abandonados; pero dicho ambiente protector no siempre trae consigo un ambiente amoroso ni ayuda a fundar lazos de apego e identificación, que sólo se pueden construir al interior de una familia pues son propios de su estructura.

Las determinaciones jurisprudenciales de la CCC se convierten en la visibilización de una problemática que aqueja a miles de NNA, los pronunciamientos de la Corte se transforman en la materialización del derecho, en el reconocimiento de un grupo social digno de la mayor y especial protección por parte del Estado y de la sociedad. Las determinaciones jurisprudenciales son la manera más expedita de superar el déficit de protección de los NNA abandonados.

2.2 Marco Legal o Normativo

Declaración Universal de los derechos del niño de ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 12 de 1.991.

La Constitución Política de 1.991 innegablemente ha sido creadora de derechos, transformo el Estado Colombiano en un Estado Social de Derecho donde la finalidad es el bienestar de los ciudadanos, la propensión de una vida digna, la participación activa de la población en la democracia y por consiguiente en la construcción de un país que funda sus bases en la dignidad humana, la solidaridad de sus habitantes, el respeto de las libertades y los derechos sociales fundamentales, comprometiendo a sus gobernantes a establecer políticas públicas incluyentes y protectoras de derechos y garantías, no sólo de quienes se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, sino también de aquellos grupos discriminados.

Igualmente, el Estado Colombiano a través de su Constitución reconoce la supremacía de los derechos de las personas, pero además establece que todos nacen libres e iguales ante la ley, de allí que esté proscrita la discriminación en cualquiera de sus formas; ampara a su vez el libre desarrollo de la personalidad como derecho inalienable y otorga un lugar privilegiado a la familia (cualquiera que sea su forma de composición) considerándola como el núcleo fundamental de la sociedad.

Constitución Política de Colombia 1.991 (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA , 1991).

- *Artículo 5. Los derechos inalienables de la persona.*
- *Artículo 13. Igualdad ante la Ley.*
- *Artículo 16. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.*
- *Artículo 42. Derecho a tener una familia.*

Mucho más valioso aún, es el reconocimiento Constitucional de los derechos de los niños y niñas colombianas, ya que por primera vez sus voces son tenidas en cuenta y se les ha categorizado como sujetos dignos de un trato especial; esto se conoce en principio como *œl*

Interés Superior del Menor, y debe ser el motor que impulse toda actuación judicial, administrativa o legislativa que tenga impacto sobre los niños del país.

Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia 1.991:ö Derechos fundamentales de los niños: (í) *Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*ö (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA , 1991.p 15)

Por su parte, (CONGRESO DE COLOMBIA, 2006), la Ley 1098 de 2006 Ley de Infancia y Adolescencia, en su Artículo 2°:

Tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado (p.14).

Esta Ley retoma el mandato constitucional del Interés Superior del Menor, aún por encima de los derechos de los demás, e invita a que dicho mandato sea tenido en cuenta por las autoridades competentes a la hora de tomar decisiones cuando éstas tengan relación con los menores de edad; hace énfasis en que la protección de los niños y niñas del país no es únicamente una obligación estatal, sino que es una corresponsabilidad entre el Estado, la familia y la sociedad.

- *Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes.*
- *Artículo 9°. Prevalencia de los derechos.*

La Ley 1098 de 2006 reconoce la necesidad del individuo de gozar del amor, cuidado y protección que se adquieren sólo al interior de una familia, protegiendo así el derecho natural del ser humano de identificarse con los suyos y sentirse parte integral de un entorno familiar, y es que al pertenecer a una familia se obtiene soporte, confianza, reconocimiento y seguridad las cuales son necesidades básicas del ser humano.

Artículo 22. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

Cuando las familias biológicas muchas veces aún con ayuda del Estado son incapaces de brindar el amparo, la protección, el cuidado y el amor que los menores necesitan para su pleno desarrollo, cuando los niño/as son expuestos a peligros, cuando son abandonados por sus padres o cuando sus derechos son amenazados o vulnerados, la Ley 1098 de 2006 otorga facultades al ICBF para que intervenga a su favor, velando por el restablecimiento de sus derechos y buscando por múltiples medios su reincorporación al núcleo de sus familias de origen. Pero cuando lo anterior no es posible, la misma ley manifiesta que el ICBF podrá declararlos en situación de adoptabilidad, como una manera de proteger y salvaguardar los derechos de esos niño/as (CONGRESO DE COLOMBIA, 2006).

Por tanto, la Ley de Infancia y Adolescencia define la adopción principalmente como una medida de protección al menor que busca restablecer el derecho fundamental de éste a tener una familia.

- *Artículo 61. Adopción*
- *Artículo 62. La autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.*
- *Artículo 63. Procedencia de la adopción.*
- *Artículo 68. Requisitos para adoptar*
- *Artículo 71. Prelación para adoptantes colombianos*
- *Artículo 73. Programa de adopción.*

Lineamientos técnicos administrativos para la atención de familias del ICBF en materia de adopción.

Ahora bien, como ya se mencionó anteriormente siendo la CCC la suprema guarda de la integridad de la Constitución en los términos del artículo 241 ibidem, ésta ha hecho honor a sus competencias al pronunciarse favorablemente acerca del reconocimiento de los derechos fundamentales de las minorías, a través de una jurisprudencia que se adapta al ritmo de las exigencias sociales; así pues la Corte reinterpreto el artículo 42 superior mediante una separación de conceptos de familia y matrimonio, para decir que *“matrimonio es solo una forma, entre*

varias, de constitución de la familia. El concepto de familia es por tanto más fundamental que las vías plurales de su constitución. (López, D, 2012.p.119).

En sentencia C-577 de 2011 (Corte Constitucional, 2011), con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo la CCC expresó:

No existen Razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo (p.160).

También, dentro de esta misma sentencia la Corte Constitucional reconoció que el concepto constitucional de familia también le es aplicable a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, exhortó al legislativo para que antes del 20 de Junio de 2013 legislara sobre los derechos de dichas parejas y con ello eliminar el déficit de protección que los acecha.

A partir de dicha sentencia (C-577 de 2011, Corte Constitucional), el concepto de familia entonces se transforma, se adapta a una realidad social más compleja, se reconocen jurisprudencialmente los derechos de la diversidad no sólo a título individual sino también en el plano de pareja y el Estado a través de una Constitución garantista tiene el deber proteger todas las formas de familia sin distinción de su composición; más sin embargo aun con los pronunciamientos de la CCC las formaciones alternativas de familia siguen siendo desprotegidas por el Estado y estigmatizadas por la sociedad.

3. Metodología

Dada la finalidad del proyecto se trata de una investigación cualitativa de tipo hermenéutico que pretende a partir de su primer momento la comprensión, describir y analizar las determinaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana para la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo.

El enfoque epistemológico de la investigación es de carácter interpretativo ya que se fundamenta en la investigación de corte Histórico ó Hermenéutico.

3.1 Tipo de investigación

La investigación cualitativa se selecciona cuando el propósito es examinar la forma en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando en sus puntos de vista, interpretaciones y significados (Sampieri, R, Fernández, C & Baptista, P, 2014).

Para el desarrollo del presente proyecto se utilizarán como unidad de análisis:

- La Corte Constitucional Colombiana
- El Congreso de la República de Colombia
- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Así mismo, la unidad de trabajo se desarrollará con:

Ex director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Regional Caldas

La Trabajadora Social que forma parte del equipo de adopciones del ICBF de la Regional Caldas.

Defensora de Familia del ICBF Regional Caldas

Sacerdote Católico perteneciente a la Diócesis de Pereira, Risaralda.

Parejas del mismo sexo. (Familias Homoparentales)

3.1.1 Instrumentos de recolección de la información.

Para la realización del proyecto se utilizarán las siguientes técnicas de recolección de información: La Revisión documental y Las Entrevistas en profundidad.

La revisión documental tendrá como base la elaboración de fichas bibliográficas utilizando las siguientes fuentes de información: Jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional Colombiana concerniente a la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo o familias homoparentales; la Normatividad expedida por el Congreso de la República que regula la adopción de menores de edad en Colombia, los lineamientos del ICBF para su programa de adopciones, la doctrina escrita por expertos juristas respecto al tema de adopciones, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo y sobre el Activismo Judicial, tesis de grado, monografías jurídicas, líneas jurisprudenciales y artículos científicos afines al tema de investigación.

Para las entrevistas en profundidad se utilizará como instrumento de recolección de información la guía de entrevistas.

El Procedimiento para el análisis de la información será el lineamiento propio de la línea investigativa cualitativa.

4. Fases de Ejecución del Proyecto

Fase I: Etapa preparatoria. Diseño de la investigación, estructuración y ajustes de la propuesta, cronograma, disposición de recursos, elaboración de estado del arte, planificación de actividades para la recolección de información.

Fase II. Etapa reflexiva: Análisis de los estudios ya realizados y otros factores para la toma de decisiones partiendo del estado del arte, reconocimiento de otros tópicos de análisis dentro de la investigación.

Etapa del diseño: Diseño de instrumentos de recolección de información, así como la población que desea participar en el estudio, aplicación prueba piloto de instrumentos trabajo de campo.

Fase III Etapa. Recolección de datos. Administración de instrumentos entrevistas a profundidad y grupos focales, transcripción de los datos, la información que se espera recolectar proviene de fuentes primarias y secundarias.

Etapa Analítica: Análisis de los datos, inferencias sobre la información obtenida, triangulación de la información.

Fase IV. Presentación de resultados. Presentación y difusión de resultados, diseño de artículos de investigación.

5. Resultados

5.1 De las determinaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional Colombiana ha sido consiente de los innumerables cambios que ha tenido la sociedad, fruto de éstas evoluciones socio- culturales se gestan reclamos de diversos grupos en pro del goce pleno de la amplia gama de derechos consagrados tanto en la Constitución Política de 1.991, como en las Convenciones y Tratados internacionales que sobre Derechos Humanos, y Derechos Civiles y Políticos ha ratificado el Estado Colombiano.

En este mismo sentido, la comunidad LGBTI colombiana ha levantado su voz para luchar en favor del reconocimiento de derechos fundamentales que en un inicio se tenían concebidos tan sólo para ciertos grupos, esto originado por una legislación que había determinado como única opción valedera la heterosexual. El derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad ha sido la piedra angular para muchas de las reclamaciones sociales encaminadas a visibilizar una realidad innegable, que la opción heterosexual aun siendo la más común, no es la única opción valedera.

Es así como se inicia un recorrido por la jurisprudencia de la CCC referente al tema de adopciones de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo en un estricto orden cronológico.

En el año 1.995 hace su aparición la primera petición de adopción de un menor de edad por parte de una persona homosexual resuelta por la CCC, emerge (Corte Constitucional, 1995) en la sentencia T-290 de 1.995, con su ponencia estuvo a cargo del Magistrado Carlos Gaviria Diaz.

En la acción de tutela interpuesta por el accionante solicita el amparo a su derecho a la igualdad, ya que en su opinión pese a que él había cuidado de una menor y le había prohiado todo lo necesario para su crianza, el ICBF no le concedió la adopción de la niña a razón de su

condición sexual, y con ello considera que la Institución (ICBF) también violentó el derecho de la menor a tener y a permanecer con una familia.

En ésta sentencia la Corte Constitucional confirmó la providencia proferida por el Juez Promiscuo de Familia de Pasto, mediante la cual resolvió negar la tutela impetrada por el ciudadano José Gerardo Córdoba contra el ICBF.

Es de resaltar que la Corte en este caso en particular no analizó la presunta discriminación por razones de orientación sexual alegada por el accionante, ésta sólo se limitó a reproducir los argumentos del ICBF para negarle la solicitud de adopción al peticionario sin examinar de fondo si en realidad existió un criterio sospechoso basado en la condición sexual del Sr. Córdoba, a sabiendas que la discriminación muchas veces suele darse bajo la apariencia de ñlegalidadö, pero no sólo no estudio la posibilidad de discriminación, sino que la excluyó de la sentencia por las razones objetivas expuestas por el ICBF.

Queda claro entonces que la Corte Constitucional aún se encontraba transitando por una etapa conservadora, a pesar de la pluralidad y libertades consagradas y protegidas por la Constitución de 1.991, debieron transcurrir algunos años para que la conceptualización de los derechos de los homosexuales se validara desde la jurisprudencia de la CCC (*Sentencia C-481 de 1.998 M.P. A. Martínez Caballero*). Estaba tan marcada la estigmatización de la opción homosexual que a pesar que en la sentencia analizada (T-290/95) el propio actor se declara abiertamente homosexual, tal condición debió ser confirmada por peritos psiquiatras, pues aún se concebía la condición homosexual como ñanormal o desviadaö y por tanto requería de una valoración científica que etiquetaba la homosexualidad como una patología que debía ser tratada con medicación.

Queda la incertidumbre de sí en este caso en particular el ICBF fue mucho más drástico en su medida de retirar a la menor de un ambiente que consideró ñprecarioö, si la realidad del caso en concreto estuvo viciada de prejuicios, si la evaluación del equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia hubiese sido igual de estricto sí el cuidador de la menor que veló por ella

durante cinco años y que luego solicitó su adopción hubiese sido heterosexual; lastimosamente nada de esto fue abordado por la CCC en la referida sentencia.

Para terminar el esbozo de esta sentencia es imprescindible anotar que el Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz en su aclaración de voto tuvo la intención de incorporar un aparte en las consideraciones de la providencia, pero este pronunciamiento fue excluido por los magistrados José Gregorio Hernández y Hernando Herrera en Sala de Revisión. En aras de nutrir este trabajo se trae a colación las líneas suprimidas de la sentencia en mención:

Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución.

Siguiendo con el tema de la adopción, la primera demanda de inconstitucionalidad que buscó permitir la adopción de menores de edad por parte de personas y parejas del mismo sexo fue decidida por la Corte Constitucional en la sentencia C-814 de 2001 (Corte Constitucional, 2001), con el Magistrado Ponente, el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y el actor fue el ciudadano Luis Eduardo Montoya Mejía.

En ese mismo orden y dirección, esta sentencia decidió una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 89 y 90 del entonces vigente Código del Menor (Decreto 2737 de 1.989). El artículo 89 demandado exigía idoneidad *“Moral”* de las personas que solicitaban adoptar, mientras que el artículo 90 *ibidem* solicitaba en caso de ser pareja matrimonio o convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años entre *“el hombre y la mujer”*. El accionante argumentó que las normas citadas eran violatorias de la Constitución por no estar acorde con el espíritu *“liberal y pluralista”* de la Constitución de 1.991; manifestó además, que en caso de negar la adopción basados en un criterio moralista se estaría frente a una deliberada violación a los derechos fundamentales, pues se haría un reproche a la opción de vida elegida por la persona que solicita la adopción (CONGRESO DE COLOMBIA, 2006).

En lo tocante, al artículo 90 del mencionado Decreto, el Sr. Montoya esbozó que de manera abierta discriminaba a las parejas homosexuales al prohibirles adelantar procesos de

adopción, algo que a su juicio resulta violatorio del derecho fundamental a la igualdad de las parejas homosexuales, y realiza una crítica a la posición jurisprudencial que admite derechos homosexuales individuales pero que los desconoce en cuanto a la vida en pareja; así mismo argumentó que esta restricción es igualmente violatoria del derecho fundamental de los niños a la protección, a pertenecer a una familia y en este punto enfatiza sobre la legislación tanto nacional como internacional que tiene como primacía los derechos de los niños sobre los de los demás.

Por consiguiente, la Corte en esta desestimó los argumentos de la acción de demanda de inconstitucionalidad en contra de la idoneidad Moral advirtiendo que en jurisprudencia constitucional se ha permitido que la ley haga referencia a estándares morales, en el entendido de que se hace referencia a una Moral Social o Moral Pública y no a una Moral Religiosa al respecto manifestó (Corte Constitucional, 2001):

La exigencia de idoneidad moral hecha por el artículo 89 del Código del Menor a quienes pretenden adoptar, no desconoce la Constitución, bajo el entendido de que dicha exigencia debe entenderse como referida a la noción de moral social o moral pública, en los términos anteriormente comentados, y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético, a los que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones, para definir la suficiencia moral del solicitante (p.2).

De esta manera la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 89 del llamado Código del Menor.

En cuanto al artículo 90, la Corte Constitucional realizó su estudio basados en un doble análisis, por un lado efectúa una interpretación exegética del artículo 42 de la Constitución según la cual ésta solo protege la familia monogámica y heterosexual, y de otro lado un análisis intencionalista que busca descubrir el espíritu del Constituyente y del cual la Corte llegó a la conclusión que éste solo quiso proteger a las parejas que se unen en matrimonio ya que la Asamblea Constituyente hizo referencia a la voluntad de un hombre y una mujer.

(í) se ajusta a la Constitución el que el legislador limite la libertad del juez que decreta la adopción, señalando que la autorización para adoptar solo puede ser concedida a quienes pretenden conformar la familia que el constituyente quiso proteger. Este y no otro es el interés superior del menor, dentro de la axiología determinada por las normas superiores (p.33).

De este modo, la Corte Constitucional decidió declarar exequibles los artículos demandados por el actor, aunque no explicó las razones que tuvo para considerar que el interés superior del menor se garantiza mejor cuando pertenece a una familia heterosexual.

Cabe aclarar, que para la época de esta sentencia la Corte aún no había desarrollado las doctrinas que darían paso a las sentencias revolucionarias C-075/07 y C-577/2011, que transformaron el concepto de familia y causaron revuelo dentro de la sociedad colombiana.

La sentencia C-577 de 2011 (Corte Constitucional, Sala plena, 2011) de la Corte reconoce que el concepto Constitucional de familia es compatible con su origen en parejas del mismo sexo, de dicha jurisprudencia se desprende que éstas parejas merecen una protección legal y reconoce que el ordenamiento jurídico debe ofrecerles un mecanismo para su constitución formal y solemne, y no solamente por la vía de convivencia de hecho, así reconoce el derecho tanto de individuos como de parejas a acceder a una institución estatal donde prevalezca la autonomía personal en la construcción de un proyecto de vida, puesto que con enorme frecuencia se constituye pareja y/o familia para continuar con un proyecto vital en la trascendencia de los hijos.

La Corte encontró que a las parejas del mismo sexo, al igual que las parejas de sexo diferente, también les asiste la voluntad de conformar un proyecto de vida común, bajo la forma de uniones estables y singulares, con la correspondiente asunción de deberes morales y recíprocos de apoyo mutuo, asistencia material y afecto; por esta Razón la Corte concluye:

No existen Razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo (p.160).

El gran paso estaba dado, esta sentencia por fin concedió el estatus de familia a todas aquellas parejas que poseían vocación de permanencia y socorro mutuo sin importar su forma de composición y exhortó al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legislara de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo,

con la finalidad de eliminar el déficit de protección que afecta a las mencionadas parejas, partiendo del equilibrio que debe existir entre el principio democrático que supone que el Congreso es el máximo representante de la voluntad popular, y la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales.

Así pues, en el año 2012 cuando de nuevo la Corte Constitucional volvería a retomar el tema de central de este trabajo, la sentencia T-276 de 2012 (Corte Constitucional, 2012) con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub abrió de nuevo la puerta al debate sobre la adopción homosexual en una sociedad que tiene tintes tanto de conservadora como de doble moralista y hasta de progresista.

En esta oportunidad la acción de tutela la interpuso un ciudadano norteamericano a quien le habían otorgado en adopción una pareja de hermanos colombianos considerados de difícil adopción, y luego tras confesar su homosexualidad ante la subdirectora de adopciones del ICBF dicha decisión le fue revocada, más aún solicitaron a la embajada Americana la cancelación de las visas de los menores e instauraron una acción penal contra el padre adoptivo

La acción de tutela instaurada por el demandante solicitaba la protección de sus derechos fundamentales, la igualdad de trato, la prohibición de la discriminación por razones de orientación sexual, el libre desarrollo de la personalidad, el debido proceso y por último el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella. En opinión del doctrinante (López, D, 2012) *“La Corte Constitucional en este caso realizó un encuadre jurídico bastante particular como primera medida estudio el trámite de restablecimiento de derechos previsto en el Código de Infancia y Adolescencia, el tipo de medidas de restablecimiento que se pueden adoptar y las garantías constitucionales que deben proveerse dentro del mismo. En segundo lugar el contenido de los Derechos fundamentales de los NNA a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todo tipo de procesos que pretendan adoptar medidas de restablecimiento a su favor”*.

La Corte evitó de nuevo examinar abiertamente si existieron elementos sospechosos en la adopción homoparental, su conclusión frente al caso se basó en el hecho de que el ICBF hizo

un uso excesivo y desproporcionado de su discrecionalidad para la protección de los menores, pero no tocó ni someramente el tema, de que su drastricidad podría provenir de prejuicios contra el padre adoptante a causa de su orientación sexual; máxime cuando el ICBF manifiesta abiertamente en éste caso que la orientación sexual es un elemento esencial en la investigación de idoneidad del optante y le reprocha al actor su presunta omisión.

Muy a pesar de que en este caso concreto la Corte falla en favor del accionante y de sus hijos adoptivos, la Corte Constitucional deja escapar otra oportunidad para atacar de fondo un problema que atañe no sólo a la comunidad LGBTI sino también a los NNA, así lo expuso el Magistrado Vargas Silva al considerar que éste caso no debía insertarse en la línea jurisprudencial del control de discrecionalidad, sino en la línea de protección del derecho de las personas y parejas homosexuales. Según el Magistrado esta sentencia debió incorporar sin vacilación que las personas y parejas homosexuales pueden conformar familia según la sentencia C-577/2011.

Deja entonces mucho que desear la Corte Constitucional en esta providencia pues a pesar de que a lo largo de su jurisprudencia ha sido exaltadora de los derechos individuales de las personas de diversidad sexual y ha condenado enfáticamente la discriminación y el trato desigual para esta población, dicho respeto por la diferencia individual no es llevado al plano de familia.

Algunos magistrados con pensamientos más progresistas plasmaron su inconformidad en los salvamentos de voto de las providencias que según ellos esquivaban el fondo del problema, pues analizaban procedimientos de forma, en lugar de resolver lo verdaderamente álgido del asunto la discriminación por causas de índole sexual.

Apenas dos años después de este caso salta a los medios de comunicación otra petición legal que unió a la población LGBTI, puso a analizar a los académicos en las aulas de clase y levantó ampolla en la comunidad conservadora y machista del país, y es que por mucho que se hable y se difundan los conceptos: Pluralista, Respeto por la Diferencia, Opción de Vida, Dignidad Humana, Libre Desarrollo de la Personalidad, estos parecen vacíos a la hora de su aplicación.

La Sentencia SU- 617 de 2014 (Corte Constitucional, Sala plena, 2014) con Ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez resolvió la acción de tutela de una pareja de madres en unión permanente de hecho, las cuales habían celebrado un contrato en Alemania para que una de las dos quedara embarazada por medio del método de reproducción asistida. Una vez nacida la pequeña se solicita la adopción de la recién nacida por parte de la pareja de su madre biológica, ante lo cual la Defensora de Familia del ICBF declaró la improcedencia toda vez que la ley no permite la adopción a parejas del mismo sexo. Las accionantes alegaron que la decisión del ICBF era contraria a los derechos del debido proceso, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad de la pareja, el interés superior de la recién nacida, los principios constitucionales de dignidad humana y el Pluralismo.

Aunque la decisión de la Corte se consideró una victoria para la población homosexual no existió un verdadero cambio de la doctrina constitucional. Nuevamente la Corte se desliza sutilmente sin pronunciarse sobre el fondo del problema, ésta vez lo estudiado es el Interés superior del menor y su derecho a tener una familia, según palabras de la Corte (Corte Constitucional, 2001) *“La adopción es una institución que tiene como objeto suplir la relación de filiación que tiene origen en los vínculos naturales de la progeneración y que esencialmente se establecen con un hombre y una mujer”* (p.14). La corte manifiesta que en este caso tampoco se trata de discriminación o trato diferenciado para las mujeres accionantes y cita la sentencia C-814 de 2011 donde tampoco encontró en el Código del Menor discriminación de ningún tipo en la negación de la adopción a parejas del mismo sexo.

Sin embargo, la Corte estima que de negarse esta adopción se podrían comprometer los derechos Constitucionales de los menores cuando el Estado se abstiene de reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, sólidas y estables entre los niños que tienen una única filiación y los compañeros permanentes del mismo sexo de su progenitor, quien comparte crianza, cuidado y manutención del menor. Expuso además la existencia del consentimiento del padre o la madre biológica del menor, aceptando que la ausencia del reconocimiento jurídico de ese vínculo se traduce en un déficit de protección para el niño que amenaza el goce efectivo y pleno de sus derechos. Es así como el Alto Tribunal pone de

manifiesto que el respeto por la libertad en el ámbito familiar impide al Estado limitar la posibilidad de que una persona cree lazos afectivos y familiares entre su hijo biológico y su pareja homosexual.

Si bien es cierto que esta sentencia se ha considerado como una victoria, esta misma no puede ser aplicada a otros supuestos fácticos que no fueron analizados en ella, pues solamente se estudió el caso del hijo biológico de uno de los miembros de la pareja, dejando por fuera y sin solución definitiva toda una amalgama de casos e historias de personas que sienten inconclusas sus vidas y piensan que su única alternativa está en manos de los jueces; y es que una sentencia no sólo es la concreción del argumento de un togado, cientos veces se convierte en una página en blanco que será escrita por una familia que se perpetua en su descendencia.

Al poco tiempo la Corte Constitucional se ve abocada a resolver un nuevo caso de acción de inconstitucionalidad en la sentencia C- 071 de 2015 (Corte Constitucional, 2015) Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, en este caso el actor Sr. Diego Andrés Prada Vargas interpone la acción contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

El actor toma algunos apartes de los artículos 64,66 y 68 del CIA y del artículo 1° de la ley 54 de 1990 en los que se posibilita tanto la adopción conjunta como la complementaria, dichas normas permiten que tanto cónyuges como compañeros permanentes sin especificación de sexo puedan acceder a estas formas de adopción, pero cuya interpretación conduce a que pareja es la conformada por hombre y mujer, excluyendo de manera tajante que las parejas homosexuales sean siquiera consideradas para adoptar. Fue así como la Corte se vio abocada a realizar un análisis integral de la constitucionalidad de diferentes posibilidades de adopción homo-biparental en Colombia.

La Corte parte de realizar una diferenciación entre Adopción Conjunta y Adopción complementaria, en la primera sigue en su línea conservadora pues esta es la forma más

controversial de adopción para la mayoría de la sociedad colombiana, que implica la aceptación jurídica y moral de que dos homosexuales en pareja puedan adoptar un niño de manera conjunta. Es así como la Corte manifiesta que si bien la Sentencia C- 577 de 2011 reconoce la pareja homosexual como familia, dicho reconocimiento no abarca todos los efectos legales, máxime cuando la adopción conjunta para la Corte apunta a suplir las relaciones de paternidad y maternidad por lo cual dicha clase de adopción solo puede ser considerada para parejas heterosexuales, motivo por el cual dicha distinción no es discriminatoria sino que sirve a una finalidad constitucionalmente legítima, sobre el particular la Corte expresa que el legislador podrá tomar una posición distinta a la vigente como se ha hecho en diferentes países del mundo.

Diferente postura asume frente al segundo tipo de adopción llamada adopción complementaria, en ella pone de presente que el Estado al no reconocer las relaciones familiares entre el niño de una única filiación y el compañero permanente homosexual de su progenitor podrían resultar comprometidos los derechos del menor y enfatiza que la adopción en este caso no necesariamente es un mecanismo que reemplace las relaciones naturales de padre y madre. En este orden de ideas la corte decidió declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas del CIA que tratan de adopción complementaria o consentida, en el sentido que estas deben extenderse a parejas homosexuales.

Se considera que a la Corte en esta sentencia le falto carácter, ya que si a las parejas del mismo sexo se les permite adoptar el hijo biológico de su pareja porque se les niega la adopción conjunta de un niño que espera en una institución la llegada de unos padres que le brinden la protección, el amor, el cuidado y el respeto que solo en el interior de una familia se puede vivenciar.

El cambio doctrinal de la Corte Constitucional sin lugar a dudas asombró al país y provocó todo tipo de reacciones a favor y en contra de su nueva postura, la sentencia C- 683 de 2015 (Corte Constitucional, Sala plena de la corte, 2015) cuya ponencia es del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio se da como respuesta ante una nueva demanda de inconstitucionalidad contra las normas del CIA y el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, exactamente las mismas normas demandadas en la sentencia C-071de 2015, pero a diferencia de su antecesora el análisis de esta nueva demanda inicia con la premisa de los resultados de estudios científicos que concluyen de

manera dominante que no se afecta el desarrollo integral del menor cuando se permite su adopción por parte de parejas del mismo sexo; pero no solo se queda allí, la Corte establece que la misma Constitución colombiana, la jurisprudencia nacional e internacional, los tratados internacionales coinciden en que la orientación sexual de las personas no puede ser un indicador de falta de idoneidad en los procesos de adopción, razón por la cual impedir que un niño obtenga una familia adoptante solamente por la orientación sexual de la pareja solicitante de la adopción representa una restricción inaceptable de los derechos de los niños y su interés superior protegido.

La exequibilidad condicionada de las normas demandadas y estudiadas en esta sentencia genera condiciones igualitarias y neutrales a las parejas homosexuales para que puedan acceder a todo tipo de adopción (Conjunta, complementaria, consecutiva), sin obviar el deber estatal de realizar la verificación del cumplimiento de los requisitos que garanticen a los menores su bienestar en el seno de su familia adoptante, excluir a las familias homoparentales de la posibilidad de adoptar equivale a restringir el universo de posibilidades que tienen los NNA de tener una familia a no ser separado de ella por lo tanto afecta irrazonable y desproporcionadamente su interés superior.

Luego de efectuar el rastreo jurisprudencial que da cuenta de los argumentos y decisiones tomadas por la Corte Constitucional en relación a la adopción por de parejas del mismo sexo, se puede identificar que sus determinaciones han sido variadas y responden a un contexto político de época, que en primer momento niega la materialización de éste derecho, pero que posteriormente con criterios progresistas y de efectivización de garantías de índole fundamental avala ésta posibilidad y reafirma la construcción de una sociedad igualitaria, capaz de entender los matices colectivos inmersos en la diferencia.

5.2 Del activismo judicial como efectivización de derechos.

En la sentencia C-683 de 2015 la Corte aborda el tema de la separación de poderes con el legislador, allí el Alto Tribunal afirmó su competencia proveniente del Artículo 241 de la Constitución para permitir la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo en el escenario de control abstracto de constitucionalidad, además porque lo que se busca es proteger derechos de la población vulnerable, en este caso NNA en situación de adoptabilidad, frente a una interpretación de la ley que no es conforme con el tan predicado interés superior del menor, en un contexto en el cual los niños son una población en desventaja en términos representativos, cuyos derechos debe proteger el juez al margen de la decisión de las mayorías políticas. Precisamente para garantizar los derechos de la población vulnerable y sin representación democrática específica es que se justifica la función del control constitucional a la actividad del legislador (Corte Constitucional, Sala plena de la corte, 2015).

Con este argumento se buscó vencer la resistencia de los magistrados disidentes que defienden la postura de que el Congreso es el único escenario válido y excluyente para decidir sobre debate, además la Corte había llamado la atención acerca de que en los 19 países que han permitido la adopción por parejas del mismo sexo, en la mayoría de ellos ha sido por decisión del órgano de representación popular.

Los magistrados disidentes y demás críticos de ésta decisión, aquellos que manifiestan que la Corte está usurpando las funciones del legislativo de manera directa expresan que el espacio de discusión del debate de la adopción por parte de parejas del mismo sexo es el Congreso de la República y no la Corte, pues en opinión de los disidentes por ser el Congreso el foro democrático por excelencia donde los distintos intereses sociales se ven representados, es el sitio ideal para llevar a cabo este debate, lamentablemente no se vislumbra en el horizonte que algún proyecto serio este siendo estudiado o analizado por alguna bancada o congresista, entonces de nada vale reconocer la desprotección tanto de los menores abandonados a cargo del ICBF, como de las personas con opciones sexuales diversas pues esta situación parece no tener doliente en el legislativo.

No se puede desconocer que la Constitución de 1991 es una Constitución Aspiracional tanto en su meta como en su contenido de la cual ha emergido una Corte Constitucional que se ha hecho fuerte al emprender la labor titánica de transformar la norma superior en realidad, y no dejarla desfallecer como un mero texto simbólico. Y es que en aras de proteger y garantizar los derechos fundamentales los magistrados se han visto envueltos en una serie de conflictos interinstitucionales entre lo judicial y los demás órganos de poder político. Es claro que el cuello de botella radica en el déficit de compromiso del legislativo en pro de positivizar las demandas sociales; la vida y las relaciones de los colombianos no se detienen ni fluyen al ritmo perezoso de un cuerpo colegiado que se adormece esperando la siguiente contienda electoral.

Sí, es cierto, el activismo judicial es alto, pues es claro que el órgano legislativo siendo por excelencia el competente para regular las relaciones entre los asociados a través de la elaboración de normas que avalen o no la adopción de menores de edad por parte de familias homoparentales, ha omitido el deber asignado por el Constituyente primario, delegando en la Corte Constitucional a través de fallos de constitucionalidad y de tutela (lo que es más gravoso por sus efectos interpartes), la configuración de éstos derechos, lo que ha equilibrado la balanza institucional del poder, ha influido en la vida de las minorías y grupos sociales tradicionalmente excluidos, todo esto en clave del activismo Judicial.

Seguramente el Activismo Judicial en el país no sería tan impactante si el órgano legislativo tuviera el suficiente interés por normatizar los aspectos exigidos por la sociedad colombiana, entendiendo que ésta evoluciona constantemente, al igual que sus necesidades. El congreso de la República debe ser un cuerpo colegiado más dinámico y proactivo, ser menos temeroso y entender, que es quien legítimamente representa al pueblo, un pueblo pluralista, diverso, con diferentes formas de sentir y expresar sus convicciones, cuyos derechos le permiten diversas opciones de vida.

En conclusión el impacto de las determinaciones de la Corte Constitucional en clave del activismo judicial que le es propio a la concesión del derecho de adopción por parte de las parejas del mismo sexo es ALTO en la medida que, tal y como se argumentó en las anteriores líneas han sido los jueces a través de la vía de tutela o de constitucionalidad, quienes han avalado

este derecho en pro de los intereses superiores de los menores declarados en adoptabilidad, delegándose una función que por expreso mandato constitucional debiera corresponderle al legislativo en ejercicio de su función de creador de normas y órgano por excelencia de representación democrática en consecuencia de la soberanía popular de que trata el artículo 3 de la norma *ibídem*.

5.3 Del sentir- pensar acerca de los derechos fundamentales de las minorías

El camino ha sido largo en ocasiones tortuoso y siempre lleno de obstáculos, pertenecer a las llamadas minorías y al mismo tiempo gozar del derecho a la igualdad pareciera a veces imposible, y en este trasegar de derechos, de historias de vida y de anhelos muchas veces frustrados, hace su aparición la Corte Constitucional buscando entre la filosofía, los principios y valores del derecho el argumento perfecto que permita humanizar el espíritu de la Constitución. En este hilar de casos concretos y derechos vulnerados el Alto Tribunal ha tejido líneas Jurisprudenciales que llenan de esperanza esta sociedad sentipensante, concepto que hace parte de la presente monografía de grado y que ha sido articulado con la presentación del tercer objetivo específico.

Como lo mencionaba el sociólogo colombiano Orlando Fals Borda (Borda, Fals, 2009): el hombre es un ser pensante pero también sintiente. Sintiente a partir de valores, creencias, y de mitos, pero también de conocimientos que le permiten establecer reflexiones y pensamientos para su actuar en medio de tanta diversidad.

Ese sentipensamiento tan propio del ser humano no es otra cosa que la imposibilidad en este hermoso arte de vivir y sentir, de separar la mente del corazón que se entrelazan de manera armónica con la posibilidad de convivir con otros, en un mundo en ocasiones salpicado de miseria y dolor; es comprender que familia no sólo significa lazos de sangre, y que poseer una familia es un derecho que rompe con la orfandad, el abandono y la intemperie, porque la adopción es mucho más que un mecanismo de restablecimiento de derechos, es un gesto de alteridad radical en el cual personas desconocidas se profesan amor, cuidado, protección y apoyo, es hacerse cargo del otro sin importar quién es; la adopción por tanto no puede sólo

enmarcarse como un fenómeno jurídico, pues es bien sabido que la legalidad no siempre trae implícita la justicia y los NNA colombianos abandonados están ávidos de justicia afectiva

Por otra parte la homoparentalidad también excede el fenómeno jurídico, es un asunto de actores, es un asunto de afectos, es un asunto de opciones, son determinaciones existenciales. La pluralidad y la diversidad que egalanan la constitución de 1991 significan tener la capacidad de aceptar al otro como sujeto de reconocimiento hacia la otredad, es impulsar la construcción de un nuevo horizonte social en el que exista espacio para identidades flexibles y sujetos múltiples, la alteridad resulta de la suma integral de la inclusión, el reconocimiento, la universalidad y los derechos.

Dado el giro doctrinal que la CCC ha tenido en torno a la adopción de menores de edad por parte de familias homoparentales, diferentes actores conceptuaron sobre la adopción homoparental, las garantías de la jurisprudencia colombiana respecto al tema, y la aceptación de la misma en la sociedad colombiana a partir de su Sentir Pensar.

En cuanto a la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo, el ex director del ICBF Regional Caldas Luis Eduardo Céspedes conceptúa:

La adopción de menores de edad por parte de personas del mismo sexo, es una alternativa y opción importante para garantizarle a los niños, niñas y adolescentes el disfrute del derecho a una familia (í .) lo que importa es la garantía de derechos del menor de edad que pueda ofrecer el adoptante y esto no se determina por la preferencia sexual de quien desee adoptar.

Es evidente que ésta percepción está acorde con los argumentos que la Corte esgrime en su sentencia C-683 de 2015 en la cual manifiesta:

La Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor (í) (p.1).

En este punto es claro que tanto el análisis realizado por la Corte como el pensamiento del Dr. Céspedes concuerdan, en cuanto ambos fundamentan sus argumentos en el interés superior del menor, en su derecho a tener una familia lo que les permite a los NNA abandonados

gozar de un desarrollo integral y pleno, cimentado en vínculos afectivos estables, cálidos y duraderos, que en definitiva redundan en la construcción de una identidad plena entre el adoptado y su familia adoptiva.

Pero no todos los actores entrevistados tuvieron la misma mirada frente al escenario de la adopción homoparental, al respecto el sacerdote católico Behitman Céspedes establece que:

Los niños y niñas tienen derecho a nacer, educarse y desarrollarse integralmente en el seno de una familia conformada por un padre y una madre, de sexos biológicamente distintos y complementarios. (í) la adopción, en el derecho internacional y en nuestra legislación, es considerada como una medida de protección al menor y parece que se está viendo más como un derecho de los adoptantes.

Difiere el pensamiento del sacerdote Behitman Céspedes frente al tema, ya que para él las sentencias que aceptan la adopción homoparental privilegian los derechos de los homosexuales sobre los derechos de los NNA, distinto a lo que fundamenta la Corte Constitucional que considera que al prohibir a las familias homosexuales la adopción se vulnera el interés superior del menor.

Desde la perspectiva del interés superior del menor la ley debe entenderse como neutra al sexo de las parejas y a la orientación sexual de las personas que la conforman, excluir a las familias homoparentales de la posibilidad de adoptar equivale a restringir el universo de posibilidades que tienen los NNA de tener una familia a no ser separado de ella por lo tanto afecta irrazonable y desproporcionadamente su interés superior (Corte Constitucional, Sala plena de la corte, 2015.p. 144)

La postura de la iglesia católica frente al asunto de la adopción de menores de edad por parte de familias homoparentales es claramente conservadora, pues su fe sólo concibe como única forma de familia la familia adánica, pensamiento que dista mucho de la doctrina constitucional actual, que reconoce y ampara las diversas formas de constitución de familia.

Respecto a las garantías del derecho del interés superior del menor bajo la jurisprudencia de la Corte constitucional que avala la adopción de menores por parte de parejas homosexuales la Dra. Luz Mery Iglesias expreso:

(í) Considero que la decisión de la Corte amplía las posibilidades de restablecimiento del derecho de los niños, niñas y adolescente (sic) a una familia a través de la adopción; con ello se

favorece para ellos la estabilidad familiar (í) lo que no se garantiza con la ubicación institucional o en familia sustituta.

Esta consideración está alineada con el argumento actual de la Corte, ambas posturas concuerdan en considerar que la manera más efectiva de restablecer los derechos vulnerados de un menor, es mediante el mecanismo restaurador de la adopción, dicha figura no puede ser mirada sólo desde el hecho de legislar, más bien debe concebida como aquella parte sublime de la sensibilidad humana donadora de amor.

Frente al punto anterior sobre la garantía de los derechos superiores de los NNA, el Dr. Céspedes manifestó:

ñNo es la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que garantiza o no los derechos de los niños dentro del concepto del interés superior que los cobija, (í) lo garantiza el proceso de preparación para la adopción y el concepto de idoneidad adelantado por el ICBF en el que de una manera estrictamente responsable se evalúan las condiciones afectivas, comportamentales, económicas y psicosociales del candidato o candidatos a adoptarö

Para el Exdirector del ICBF Regional Caldas, la Corte Constitucional crea condiciones legales para la adopción de los NNA por parte de las familias homoparentales, pero la verdadera garantía la otorga el procedimiento efectuado por el equipo de adopciones del ICBF. Cabe anotar que la Corte ha sido enfática al mencionar que se debe examinar cada caso en particular, pues el Estado debe velar por que la familia adoptante cumpla con los requisitos legales establecidos para tal fin.

Por último, se les indagó sobre la concepción que tiene la sociedad en general sobre la adopción homoparental, partiendo de una constitución garantista y pluralista, a lo cual de manera casi idéntica la mayoría de los actores respondieron que la sociedad colombiana aún no se encuentra preparada para tal fin, que dichos prejuicios terminarían perjudicando a los NNA adoptados por estas familias, que se debe realizar un profundo proceso de sensibilización, a fin de que se logre hacer entender que una opción sexual diversa no debe ser objeto de estigmatización y burla.

La Defensora de familia y académica Dra. Beatriz Mejía Serna aportó su concepción frente al tema:

“Nuestra sociedad no está preparada para que las parejas del mismo sexo en Colombia pueda (sic) adoptar un niño, (í) nos encontramos en un Estado con concepción pluralista, y ante todo (sic) respeta la diversidad étnica y cultural. Pero cuando hablamos de adopción de parejas del mismo sexo, es otra la situación. Existen posiciones muy cerradas y de rechazo social”

El Dr. Céspedes se pronuncia al respecto:

“A mi modo de ver, no existen las condiciones sociales para que triunfe un debate público social en torno a la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo, por lo tanto mientras esa madurez social se presenta, será la alta corte Constitucional quien a través de sus sentencias quién module el accionar del estado y las posibilidades de efectivizar la pluralidad legal que nos caracteriza”

La trabajadora social Dr. Luz Mery Iglesias es del mismo pensar de los anteriores expresando:

“No percibo a nuestra sociedad colombiana con la apertura suficiente para acoger sin prejuicios a las familias homoparentales, incluidos sus hijos (í). Una sociedad pluralista se basa en la inclusión y en el respeto a la diferencia, pero no en el asumir a la fuerza, o por estar a la moda, lo que no siempre favorece la integridad del ser humano, y que, por el contrario, degrada la sociedad humana.” Padre Behitman Céspedes.”

Estas respuestas no son de extrañar, ya que en los antecedentes de este proyecto se hacía referencia al hecho cuando se abordó una de las conclusiones de la Dra. Frías (2003):

“Los problemas de los niños no provienen de la identidad sexual de sus padres, ni de un posible comportamiento antisocial, sino de la estigmatización por parte de la sociedad, verdadera fuente de las dificultades de estos niños, provocadas por la dureza de los juicios y la reprobación social frente a los intereses sexuales de sus padres”.

Y esto lo entendieron muy bien algunos Magistrados en la sentencia C-683 de 2015 cuando aclararon su voto, considerando que la Corte debió instar al Estado para que implementara medidas dirigidas a desarrollar una pedagogía entorno a la aceptación de esta nueva composición de familia, para que se rechazara categóricamente toda forma de discriminación en contra de las parejas del mismo sexo y de sus hijos; esto se lograría diseñando políticas públicas a fin de vencer estereotipos y prejuicios implementados por una sociedad recalcitrante, que al pretender cerrar las puertas a la igualdad y a la diversidad, sacrifica el

bienestar de los NNA en estado de adoptabilidad; revictimizando a los menores de edad abandonados que ya de por sí han sido víctimas de la desidia de sus familias de origen.

La sociedad hoy día no sólo se enfrenta a un déficit judicial frente a los temas de adopciones, y derechos de las familias homosexuales; lo más difícil de enfrentar es el déficit de afecto y aceptación que invade a los diferentes actores sociales y que se evidencia en la cotidianidad, lastimosamente para la superar la falta de amor y tolerancia no se ha creado Corte alguna.

En conclusión a pesar que el ICBF ha cambiado sus lineamientos, a pesar de las sentencias de la Corte Constitucional que abrieron las puertas permitiendo que los NNA declarados en adoptabilidad puedan tener una familia que los ame, proteja y valore, desafortunadamente nada de esto ha logrado cambiar la percepción de algunos sectores sociales que siguen viendo la homosexualidad en el mejor de los casos como una enfermedad, puesto que otros grupos más radicales la perciben como perversión; de tal manera que aunque la adopción por parte de familias homoparentales está permitida, lastimosamente no es aceptada con el grave peligro de que los menores que pertenezcan a dichas familias sean objeto de burlas y estigmatizaciones, puesto que es mucho más fácil conceder un derecho que cambiar las construcciones sociales máxime cuando éstas están tan arraigadas a costumbre y a la fe.

6. Conclusiones

Se estableció que las determinaciones jurisprudenciales han sido ícono del pensamiento progresista de la Corte Constitucional, muy a pesar de que en la etapa inicial del abordaje del tema de la adopción homoparental, sus pronunciamientos fueron conservadores y esquivos, pues en las primeras jurisprudencias el tema de la discriminación sexual ni siquiera fue analizado; no obstante con el surgimiento de los derechos de los homosexuales, con el cambio del concepto constitucional de familia, se fueron adicionando líneas de pensamiento más abiertas y liberales a las providencias emanadas de la Corte concediendo la adopción de menores de edad a individuos homosexuales, hasta llegar al gran salto que hoy convoca este trabajo y que hace referencia a la posibilidad cierta y real de que parejas homoorientadas puedan perpetuar su existencia en sus hijos adoptivos.

Queda claro en el estudio de la jurisprudencia de la CCC sobre el tema de adopciones de menores de edad, que siempre ha prevalecido el Interés Superior del Menor, en todas las etapas recorridas por la Corte, pues éste es la guía orientadora de toda decisión judicial o administrativa que tenga que ver con los NNA del país.

A pesar del reconocimiento de la Corte Constitucional hacia las familias homoparentales para que estas puedan acceder a la institución de la adopción, y a pesar de que el ICBF modificó su Lineamiento Técnico Administrativo para tal fin, incorporando este tipo de familias como posibles adoptantes, a la fecha aún no se ha otorgado la primera adopción homoparental conjunta de NNA indeterminado

Es evidente que a pesar de que la homosexualidad individual es aceptada por gran parte de la sociedad, ha sido retirada de la lista de enfermedades y es concebida como una opción de vida, este reconocimiento aun no alcanza la frontera de pareja, pues deben convivir con una realidad discriminatoria y agobiante

Es ampliamente conocido la existencia de un déficit de protección legal que hace sombra a las parejas del mismo sexo, lo que llama la atención es que el legislativo cierre sus

ojos y oídos al clamor permanente de una población que está esperando a que regulen su estilo de vida; la sociedad tiene todo el derecho a administrar su vida, y el legislador no puede auto proclamarse usurpado en sus funciones, cuando la Corte en variadas ocasiones lo ha instado al cumplimiento de su deber democrático, pero éste ha hecho caso omiso de esos llamados

No sólo los NNA declarados en adoptabilidad se encuentran en estado de orfandad, también lo están los cientos de homosexuales y familias homoparentales que carecen de doliente en la instancia legislativa, es una lástima que ambas poblaciones (NNA y homosexuales) sólo existan para algunos sectores del poder público como simples cifras estadísticas, más no como sujetos dignos de protección y reconocimiento.

Trabajos citados

Agudelo, C. (2015). Una respuesta a la «dificultad contramayoritaria» a partir de las «virtudes pasivas» de los jueces. *PRECEDENTE*, 5, 181-224.

Arévalo, N. (2014). EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI. *Ponencia presentada en el Foro Nacional de Familia* (págs. 1-10). Bogotá D.C: Minjusticia.

Ballesteros, R & Rodriguez, C. (2013). *ADOPCION POR PAREJAS DEL MISMO SEXO*. Obtenido de Tesis para optar por el título de especialista en familia. PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. Bogota

Borda, Fals. (2009). PRESENTACIÓN FALS BORDA: HOMBRE HICOTEA Y SENTIPENSANTE. En F. Borda, *Una sociología sentipensante para América Latina* (págs. 18-20). Bogotá D.C: Lucas Sablich.

CONGRESO DE COLOMBIA. (08 de 11 de 2006). *Código de la Infancia y la Adolescencia*. Obtenido de LEY 1098 DE 2006: DO: 46.446

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA . (1991). *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA* . Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Corte Constitucional, Sentencia No. T-290/95. {MP CARLOS GAVIRIA DIAZ}7 (Tribunal Constitucional 1995).

Corte Constitucional, Sentencia C-814/01. { MP JAIME ARAUJO RENTERIA } (Tribunal Constitucional 2001).

Corte Constitucional, Sentencia C-577/11. {MP María Victoria Calle Correa} (Tribunal Constitucional 2011).

Corte Constitucional, Sentencia C-683/15. {MP ALBERTO ROJAS RÍOS} (Tribunal Constitucional 2015).

Corte Constitucional, Sentencia SU214/16 (Tribunal superior de Bogotá D.C. MP GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO 2016).

Corte Constitucional, la sala Séptima de Revisión de tutelas, Sentencia T-276/12. { MP LUIS ERNESTO VARGAS SILVA}7 (Tribunal constitucional 2012).

Corte Constitucional, La Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-773/15. (Tribunal Constitucional 2015).

Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-577/11. {MP MARÍA VICTORIA CALLE CORREA} (Tribunal Constitucional 2011).

Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia SU617/14. {MP GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO} (Tribunal Constitucional 2014).

Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-071/15. { MP JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB } (Tribunal Constitucional 2015).

Corte Constitucional, Sala plena de la corte, Sentencia C-683/15. {MP ALBERTO ROJAS RÍOS} (Tribunal Constitucional 04 de 11 de 2015).

ELTiempo, C. (18 de 01 de 2015). *Iglesia Católica reitera que rechaza la adopción gay*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15112456>

Frías, M, Pascual, J & Monterde, H. (IV Congreso Virtual de Psiquiatría de 2003). Familia y diversidad: hijos de padres homosexuales. *IV Congreso Virtual de Psiquiatría* (págs. 1-13). Valencia: Interpsiquis.

Jiménez, J. (18 de 01 de 2015). *Se calienta el debate sobre adopción por parte de homosexuales*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/se-calienta-el-debate-sobre-adopcion-parte-de-homosexua-articulo-538606>

López, D. (2012). 4. El argumento de la Corte. En D. López, *Cómo se construyen los derechos* (pág. 246). Bogotá D.C: Legis.

Pena, M. (03 de 2012). *PAREJAS DEL MISMO SEXO, PARENTALIDAD Y ADOPCIÓN. EL MARCO HETERONORMATIVO*. Obtenido de file:///C:/Users/Oscar%20Tiuso/Downloads/Parejas_del_mismo_sexo_parentalidad_y_a.pdf

Reckers, G. (S.f). *Review Of Research On Homosexual Parenting, Adoption, And Foster Parenting* . Obtenido de https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2014/07/rekers_adoption_gay.pdf

Sampieri, R, Fernández, C & Baptista, P. (2014). Capitulo 2 Origen de un proyecto de investigación cuantitativa, cualitativa o mixta: la idea. En R. F. Sampieri, *Metodología de la*

investigación (págs. 22-24). Ciudad de México D.F: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.

Sullins, P. (2015). Emotional Problems among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition. *British Journal of Education, Society & Behavioural Science*, 7(2), 99-120.

Verly, H. (01 de 10 de 1991). *EL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO Justificación del control judicial de constitucionalidad*. Obtenido de <http://www.alfarolaw.com/tapa/HV%20-%20Argumento%20Contramayoritario.pdf>

Vidal, L. (15 al 17 de noviembre). Modelos de parentalidad en parejas del mismo sexo. *3er Congreso Internacional de Investigación* (págs. 231-236). Mar del plata: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.1403/ev.1403.pdf.