LA APROBACIÓN DE LA ADOPCIÓN IGUALITARIA EN COLOMBIA Y EL PAPEL JUGADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Giraldo Henao[1]
Davi Mendieta[2]

DATA DE RECEBIMENTO: 01/07/2019
DATA DE APROVAÇÃO: 17/07/2019

RESUMEN: Diferentes sentencias de la Corte Constitucional y de manera gradual, permitieron que en Colombia los homosexuales pudieran adoptar, primero de manera individual, luego se les permitió la adopción complementaria y poco tiempo después se les reconoció la adopción conjunta. Lo anterior no como el derecho a adoptar, sino como el derecho de los niños a tener una familia. La metodología utilizada es la descriptiva analítica y se pudo demostrar que adopción en Colombia no puede estar condicionada a la orientación sexual del adoptante sino a su idoneidad física, mental y moral y este reconocimiento fue posible por la intervención de la Corte Constitucional y la expedición de diferentes tipos de sentencias.

ABSTRACT: Different sentences of the Constitutional Court and gradually, allowed that in Colombia homosexuals could adopt, first of individual way, then they were allowed the complementary adoption and shortly after they were recognized the joint adoption. The foregoing is not as the right to adopt, but as the right of children to have a family. The methodology used is analytical descriptive and it could be demonstrated that adoption in Colombia can not be conditioned to the sexual orientation of the adopter but to its physical, mental and moral suitability and this recognition was possible due to the intervention of the Constitutional Court and the issuance of different types of sentences.

Palabras Clave: parejas homosexuales, adopción, menor, diversidad, discriminación, familia, Colombia.

Keywords: homosexual couples, adoption, minor, diversity, discrimination, family, Colombia.

[1] Abogado, especialista en Derecho de Familia y candidato a Magister de la Universidad de Medellín, profesor universitario.
[2] Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. E-mail: davidmendietagonzalez@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN

La adopción por parte de personas homosexuales sigue siendo un tema controversial en Colombia en particular y en América Latina en general. Muchos colombianos siguen estando en contra de esta posibilidad y ha sido ante la Corte Constitucional donde se alcanzó este cambio no como un derecho de los adoptantes, sino de los niños a tener una familia. El presente artículo contiene las bases jurisprudenciales que le permiten a esta minoría iniciar procesos de adopción en Colombia. El punto de partida es el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como grupo familiar en la Sentencia C 577 de 2011, aunque antes hubo sentencias del Tribunal Constitucional que le negaron a personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar.

Históricamente la legislación colombiana le dio protección y reconocimiento a la familia tradicional para el ejercicio de la adopción, pero ignoró a las parejas del mismo sexo, dejándolas por fuera de los contenidos legales, y fue la Corte Constitucional quien entró a llenar este déficit de protección, haciendo uso de los tres tipos de sentencias que expide, a saber: C (Constitucionalidad de normas), T (Tutela) y U (Unificadoras). (Mendieta & Tobón, 2018a). Es importante enfatizar que desde que Colombia, sumándose a Uruguay, Argentina, México y Brasil, aprobó de manera definitiva la adopción por parte de personas con orientación sexual diversa en el año 2015, ningún otro país latinoamericano lo ha hecho.

LA FAMILIA EVOLUCIÓN HISTÓRICA, CONSTITUCIONES DE 1886 Y 1991

La regulación de la familia en la anterior Constitución colombiana que data de 1886 era pobre e incipiente. Solo se hacía mención en el artículo 23 del Título II que reglamentaba los derechos civiles y las garantías individuales (Parra Benites, 2008) , así:

> *"Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio*

> *registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes."* (subrayado fuera de texto)

Es más, el texto constitucional de 1886 delegó en el legislador el papel de regular instituciones y derechos que hacen parte de los denominados civiles y políticos como el matrimonio al establecer que harían parte del Código Civil, dicha remisión se encuentra en el artículo 52 en los siguientes términos:

> *"Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución."*

El Código Civil colombiano, que es una norma que data del siglo XIX, no definió la institución de la familia, pero en el artículo 874, mencionó la palabra, para referirse a la limitación del uso y la habitación, en los siguientes términos:

> *"El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.*
>
> *En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos."*
> Subrayado fuera de texto

De la lectura del anterior artículo podemos concluir que ya en el siglo XIX la familia estaba constituida no solo por vínculos de sangre, sino también por los nexos que surgen de la convivencia bajo un mismo techo.

En la Constitución colombiana de 1991 el concepto de familia es mencionado en varios artículos tales como:

> *"Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad."*

> *"Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.*

Pero es el artículo 42 donde se define, se establece como se constituye y se mencionan varios deberes del Estado en aras de su protección, así:

> *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla…"*

El anterior artículo ha generado en Colombia un debate interpretativo, pues para los sectores conservadores es claro desde la literalidad de la norma que la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla, pero esta interpretación exegética de una institución tan importante como lo es la familia deja por fuera múltiples variables que se pueden presentar, donde imperan los vínculos afectivos, la solidaridad y el amor y no la simple unión entre un hombre y una mujer. (Kemelmajer de Carlucci, 2010)

La Corte Constitucional le da interpretación sistemática y garantista a esta norma acorde con los principios fundamentales plasmados y desarrollados en la misma Constitución y siendo consecuente con los pronunciamientos de tribunales internacionales defensores de derechos humanos, estableciendo que en Colombia pueden existir muchos tipos de familia diferentes a las surgidas de relaciones heteroafectivas.

> *La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias*

> *tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen unos efectos patrimoniales y otros de índole personal. (Sentencia C 577 de 2011)*

Durante mucho tiempo se le dio prevalencia a la familia conformada por los parámetros de los artículos 113 del Código Civil; con posterioridad se ampliaron los derechos a las uniones maritales de hecho en los términos de la ley 54 de 1990, que es la que reconoce la existencia de las sociedades patrimoniales, diferentes de las sociedades conyugales surgidas del matrimonio. Pero las uniones entre parejas del mismo sexo quedaron excluidas de las instituciones anteriores hasta que la Corte Constitucional de manera gradual fue ampliando las garantías para este tipo de uniones, primero reconociéndoles el status de uniones maritales con derechos y deberes (Sentencia C 075 de 2007), derecho a la pensión de sobrevivientes (Sentencia C 336 de 2008), derecho a recibir alimentos (Sentencia C 798 de 2008), derecho a heredar (Sentencia C 238 de 2012), e incluso se les reconoció el derecho a contraer matrimonio civil (Sentencia C 577 de 2011 y SU 214 de 2016). No fue el Congreso de la Republica quien se preocupó por reconocerle derechos a esta minoría, en un país de tradición conservadora, sino la Corte Constitucional, frente a la adopción el cambio vino también del Tribunal Constitucional colombiano.

> *"Para que se pudiera dar una evolución normativa en relación a los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, fue necesario implementar técnicas de interpretaciones diferentes a las dogmáticas, literales o restrictivas, debido a que la tendencia de estas técnicas tradicionales normalmente no permiten que la ley avance de forma paralela con la evolución de la sociedad."* (Ahneyenzy, 2016).

En relación con el Código de la infancia y la adolescencia, el artículo 68 permite la adopción a personas de manera individual (adopción monoparental) parejas conformadas por cónyuges y compañeros permanentes (adopción conjunta) y a aquellas personas que pretendan adoptar al hijo bilógico de su cónyuge o compañero permanente (adopción complementaria o consentida), pero frente a las parejas del mismo sexo, hubo un déficit constitucional pues no tenían

esta posibilidad. Fue necesario que diferentes actores haciendo uso de la acción de tutela (art. 86 C.P.) y acciones de inconstitucionalidad (art. 40 # 6 y 241 # 4º C.P.) acudiesen ante los jueces y ante la Corte Constitucional para hacer efectiva la Supremacía Constitucional. (Mendieta González, 2010)

En Colombia hay antecedentes de la lucha de las personas con orientación sexual diversa por ser reconocidos como familia, como es el caso que sustenta la Sentencia T 290 de 1995, en el cual un hombre homosexual que estaba a cargo de una niña abandonada por sus padres cuando era bebe en 1989, luego de un trámite administrativo a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en 1995 le fue arrebatada a la que consideraba su hija por su situación de extrema pobreza, aunque él alega que la verdadera razón es su orientación sexual. Una vez leída la sentencia el argumento jurídico más fuerte puede encontrarse en la aclaración del voto del magistrado Carlos Gaviria Díaz, la cual trascribimos en su totalidad por la importancia que tiene para el tema que nos ocupa:

> *"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. Se pretendía así dejar claramente establecido que eran otros los motivos que habían guiado a la Corte al confirmar la sentencia que denegó la tutela. No obstante, aunque por razones diferentes, los Magistrados fueron partidarios de excluir las frases que arriba se transcriben entre comillas. El suscrito juzga necesario explicitar, con toda nitidez, que esas palabras condensan de modo inequívoco su pensamiento sobre el asunto. La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales. El comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño." Aclaración de voto, Sentencia T 290 de 1995.*

En el año 2001 un ciudadano haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad demandó la norma que para ese entonces regulaba la

adopción en Colombia y que establecía quienes podían adoptar entre los que se encontraba *"La pareja formada por el hombre y la mujer y que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años"*. Para el accionante la norma acusada establece un trato discriminatorio para las parejas homosexuales e incluso ya menciona los derechos prevalentes de los niños como argumento para la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas demandadas. Es interesante porque este será el principal argumento para que catorce años después la Corte Constitucional declare constitucional la adopción conjunta para para parejas del mismo sexo. Pero en el 2001, no estaban dadas las condiciones para un fallo en este sentido y lo que hizo tribunal colombiano fue declarar la constitucionalidad de las normas demandadas sosteniendo el deber del Estado colombiano de proteger el tipo de familia mencionado por el artículo 42 de la Constitución y que surge de la unión entre un hombre y una mujer, así:

> *"Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad." Sentencia C 814 de 2001*

Como se dijo antes las sociedades son cambiantes y el Estado colombiano tiene la obligación de proteger a la familia independientemente si fue constituida por vínculos jurídicos solemnes o por la voluntad libre de conformarla. En Colombia desde la primera década del siglo XXI se estableció que las relaciones de pareja no se basan exclusivamente entre el afecto que puede surgir entre un hombre y una mujer, sino que pueden existir otras formas de convivencia que generan efectos jurídicos, incluyendo las uniones entre parejas del mismo sexo a las cuales de manera progresiva le fueron reconocidos derechos que, históricamente no poseían y que en reiteradas ocasiones les habían sido negados. (Estupiñán Velandia, 2016)

La Constitución no se refiere expresamente a los derechos de los homosexuales, esto no quiere decir que se puedan desconocer porque acorde con los derechos fundamentales y las convenciones internacionales todo ser humano tiene derecho a la autonomía personal y a la diversidad sexual. Todos debemos coexistir porque Colombia es un Estado diverso, pluricultural, con prevalencia de la dignidad humana. (Mendieta & Tobón, 2018b)

LA FAMILIA DIVERSA EN COLOMBIA

La familia no es ajena al cambio de los tiempos. Es núcleo de la sociedad, pero ésta se transforma y factores económicos, tecnológicos, políticos aceleran esa transformación. Usando la metáfora de Loewenstein en su clasificación "ontológica" de las constituciones, el ideal de constitución es un traje que queda a la medida de la sociedad, es decir refleja los valores, pero también la realidad de ese pueblo, entonces la interpretación de la Constitución y la creación de la ley debe responder a los cambios sociales.[3]

[3] "Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominaban el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la const6iucion y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria; la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente." (LOEWENSTEIN, 1975)

La Constitución protege la diversidad y el derecho a conformar una familia. En la sociedad no puede existir un modelo único de familia al cual brindarle absoluta protección, por ello se reconoce a la familia en sus varias tipologías (Álvarez Pertuz, 2011). El concepto de familia es dinámico a medida que avanzan los años se han logrado diferentes tipos de derechos para las parejas diversas. En la Sentencia 075 de 2007 la Corte Constitucional les otorgó a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias heterosexuales u unidas por el contrato del matrimonio, así:

> *"Así, no obstante, las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado."* (Sentencia 075 de 2007)

Las sentencias C-577 de 2011, C-683 de 2015 y SU 214 de 2016, también ampliaron el concepto de familia, declarando la existencia de muchos tipos de familia, incluyendo las formadas por parejas del mismo sexo, acorde con el principio de igualdad, con los mismos derechos y obligaciones que a las parejas heterosexuales:

> *"El "carácter maleable de la familia" se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia "de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales", pues, en razón de la variedad, "la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados", por lo que "no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia". Sentencia C 577 de 2011*

EL DERECHO DEL NIÑO A SER PARTE DE UN GRUPO FAMILIAR

El artículo 44 de la Constitución colombiana le da el derecho al niño a tener una familia, y a no ser separado de ella. A nivel internacional la norma rectora es la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Nacionales Unidas mediante la resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y se encuentra vigente en Colombia desde el 2 de septiembre de 1990 (Arango Olaya, 2006). Este instrumento internacional en su Preámbulo le da reconocimiento a la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana en concordancia con el principio de libertad y de no ser discriminados por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. La Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas también proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales, los estados miembros de la ONU convencidos de que la familia es el elemento fundamental de la sociedad, reconocieron la importancia de la protección del grupo familiar, y en particular de los niños, que deben recibir la atención y apoyo necesarios para la formación como individuos aportantes a sus comunidades.

Los niños tienen derecho al desarrollo de su personalidad, a ser educados, crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. En el artículo 1º de la convención sobre los derechos del niño, se define que *"niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."*

Teniendo en cuenta los mandatos internacionales, el Estado colombiano debe proteger la familia como la microestructura en que nace la sociedad y como espacio en que ésta se desarrolla, en consonancia con el principio de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y respeto. El Estado garantizará protección de

sus integrantes, priorizando la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA.

El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 del 2006) regula la adopción en Colombia y su artículo 61 la define así:

> *"La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paternofilial entre personas que no la tienen por naturaleza."*

La adopción es una ficción legal que busca proteger al menor que ha sido abandonado por su familia o se encuentra en situación de peligro, otorgándole un grupo familiar no necesariamente consanguíneo, que le pueda proveer todo lo necesario para su sustento, además de los cuidados indispensables para la edad del menor (Alventosa del Río, 2008). En Colombia la Adopción tiene dos etapas; una de carácter administrativo y otra Judicial. En la Administrativa el menor se declara en estado de adoptabilidad por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF). En la etapa judicial un juez de familia dicta sentencia donde se establecen las relaciones paternofiliales. La adopción es irrevocable y el hijo adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes.

El Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el artículo 68 quienes pueden adoptar en Colombia, así:

> *"Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:*
>
> *1. Las personas solteras.*
>
> *2. Los cónyuges conjuntamente.*

3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman 4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.

5.El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad."

TIPOS DE ADOPCIÓN APLICADOS A LA FAMILIA DIVERSA

Según lo establecido en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia, se pueden identificar los siguientes tipos de adopción (Ahneyenzy, 2016):

Respecto de los adoptantes se destacan: 1. La adopción individual o monoparental, si el adoptante es una sola persona, por ejemplo las personas solteras, viudas o divorciadas (numeral 1º del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia); 2. La adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero o compañera permanente, con la anuencia de éste (numeral 5 del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia); y 3. La adopción conjunta, ejercida por cónyuges o compañeros permanentes con una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (numerales 2 y 3 del artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia). A continuación, se mostrará como gradualmente la Corte Constitucional les reconoció a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar en las 3 circunstancias enunciadas en este párrafo, (Lopez Medina, 2016), así:

1. Adopción Individual o Monoparental

Puede adoptar una persona soltera, viuda o divorciada que cumpla con los requisitos de idoneidad física, mental, y moral, necesaria para suministrarle al menor una familia adecuada y estable (Quinche Ramirez, 2013). En el caso de las personas con orientación sexual diversa este tipo de adopción la reconoció la Sentencia T 276 de 2012. En esta providencia la Corte Constitucional colombiana resolvió una acción de tutela (recurso de amparo) del periodista estadounidense Chandler Burr, en este caso el adoptante tiene una orientación sexual diversa, y el Tribunal Constitucional determinó que la orientación sexual de la persona no es impedimento para adoptar como soltero.

El supuesto fáctico es el siguiente: el ciudadano americano agotó el proceso de adopción de dos menores de edad ante ICBF, y una vez fueron aprobadas sus pretensiones, la subdirectora de adopciones de la entidad, al enterarse que el adoptante era gay, impidió la salida de los menores del país, promovió un proceso de restablecimiento de derechos de los menores entregados en adopción, los niños fueron separados de su padre adoptivo y se instauró una denuncia penal en contra del padre adoptante. Lo anterior argumentando que existía una amenaza sobre “la salud emocional de los niños”.

El Señor Burr acudió ante un juez he instauró una acción de tutela que en Colombia es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Esta petición llegó a la Corte Constitucional para su eventual revisión y fue seleccionada. El tribunal constitucional colombiano declaró que el ICBF en forma arbitraria no podía separar a los niños de su familia, que las medidas de restablecimiento solo pueden tomarse después de un examen integral de la situación, no pueden basarse en prejuicios o apariencias sino en evidencias y criterios objetivos, y la separación de los menores de su familia debe ser una medida excepcional. Igualmente le da importancia al derecho de los niños a ser escuchados por las autoridades.

> *“El derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta,*

> *conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan." Sentencia T 276 de 2012*

La Corte revocó la actuación del ICBF, regresando a los niños con el padre adoptivo y dejó claro para el ICBF que las actuaciones de restablecimiento de derechos deben basarse en situaciones comprobadas de amenazas o daños a los derechos de los menores y no en prejuicios contra las personas con orientación sexual diversa y dejó claro que la orientación sexual de adoptante no puede ser un criterio de exclusión en un proceso de adopción, así:

> *"Finalmente, la Sala observa que si bien es cierto en el proceso de adopción no se tuvo conocimiento de la orientación sexual de XXX, tal hecho* ***no le puede ser imputable****, ya que, como manifestó la agencia Baker Victory Services, en los estados de Nueva Jersey y Nueva York en Estados Unidos, donde se llevaron a cabo los estudios dirigidos a evaluar su aptitud como padre adoptivo, no es posible interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual." Sentencia T 276 de 2012*

En este fallo el ciudadano norteamericano ganó al ICBF una tutela por la custodia de sus dos hijos adoptivos, que le fueron arrebatados por las autoridades del país cuando conocieron su homosexualidad. Desde entonces se estableció el precedente en Colombia que permite a las personas homosexuales solicitar en adopción a niños y niñas de manera individual. Sobre este tema se pronunció el doctrinante colombiano Diego López Medina en los siguientes términos:

> *"Es claro que la ley colombiana permite la adopción monoparental y en ella no se hace exigencia explicita alguna con relación a la orientación sexual de la persona adoptante. Sin embargo, en varios procedimientos administrativos de adopción, los adoptantes monoparentales se quejan de que han sido objeto de discriminación y que sus adopciones han sido dificultadas o negadas por el Estado por el hecho de su homosexualidad." (López, 2016)*

2. Adopción Complementaria o por Consentimiento

Lo que busca la adopción es integrar la familia, y por eso se permite la adopción del hijo del cónyuge o del compañero permanente. Este tipo de adopción para parejas con orientación sexual diversa la desarrolló la Sentencia SU 617 de 2014, en esta providencia se acepta la primera adopción homoparental en la historia del país. La Corte insistió que el debate de adopción por parte de parejas del mismo sexo debe girar en torno al interés superior del menor y no sobre el desarrollo a la igualdad de los padres o madres homosexuales adoptantes frente a los heterosexuales.

El supuesto es el siguiente: Una pareja conformada por dos mujeres, decidieron que una de ellas se embarazara mediante inseminación artificial, en busca de lograr el sueño de ser madres y así nació una menor. Posteriormente esta pareja decidió ante el ICBF, presentar una solicitud de adopción, para que la compañera no inseminada, figurara como madre legitima y tener los mismos derechos sobre la menor a pesar de no ser su madre biológica.

Iniciaron proceso de adopción ante la Defensoría de Familia del municipio de Rionegro en el departamento de Antioquia, pero la pretensión fue negada, argumentando que el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia no regulaba esta clase de adopción por ser una pareja del mismo sexo y acorde con el artículo 42 de la Constitución Política, no eran familia bajo una interpretación exegética. Para el ICBF las dos mujeres, aunque convivían y se casaron en Alemania desde el año del 2005 y habían formalizado la unión marital de hecho ante notario según los parámetros de la ley 54 de 1990, desde marzo del 2008, les faltó el elemento probatorio de acreditar la convivencia por más de dos años como lo exige el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ante la negativa de dicha petición, la pareja de mujeres decidió presentar una acción de tutela argumentando la vulneración del derecho a la igualdad de la menor, a tener una familia y a estar protegida por los beneficios legales de la

madre, tales como: el derecho a la salud, alimentos, heredar, a exigir su custodia y cuidado. Con la finalidad de continuar con el proceso administrativo de adopción; anexaron a su petición como elemento probatorio un concepto psicológico, en el que se evidencia el estado mental de la niña y argumentaba que, en su proceso de crecimiento y madurez, no afectaba negativamente el ser criada por dos madres.

En enero del 2009, un Juez Penal del Circuito de municipio de Rionegro abocó su conocimiento y decidió a su favor accediendo a sus pretensiones, ordenando al ICBF proseguir con el proceso de adopción protegiendo el derecho de igualdad y el interés superior del menor, siempre y cuando cumplieran con los requisitos exigidos por ley.

El ICBF impugnó la decisión ante el Tribunal Superior de Antioquia, el apoderado de las accionantes presentó apelación adhesiva en busca de que el Tribunal ordenara directamente la adopción.

El 20 de enero de 2010 el Tribunal Superior de Antioquia, niega la apelación adhesiva del apoderado de las accionantes y confirmó la decisión del juez de primera instancia y manifestó que sí tenía derecho la compañera permanente de adoptar a la hija biológica de su compañera siempre y cuando demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, agotando el debido proceso, ante La Defensoría de Familia, la que mantuvo en sus argumentos.

En Colombia todas las tutelas son enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión y esta fue seleccionada. La máxima autoridad constitucional colombiana analizó el procedimiento que regula la adopción por complementaria o por consentimiento y encontró que ciertamente el artículo 68; excluye tácitamente a las parejas homosexuales que era la tesis de la Defensoría de Familia, pero que esta exclusión vulnera derechos fundamentales de la menor y a su vez deja entrever que existe un déficit de protección normativa, además a todas luces la ley y la Constitución protege la pareja heterosexual pero también la Carta Magna

protege el derecho de diversidad dentro de la familia y deja claro que en este caso no se debate sobre los derechos de los homosexuales, toda vez que el debate jurídico versa sobre una temática sustancialmente distinta, como lo es el derecho de la menor a tener una familia.

> *"Cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo". Sentencia SU 617 de 2014*

El Tribunal Constitucional, falló argumentando; que sí tiene derecho la compañera permanente de adoptar en forma complementaria a la hija biológica de su compañera y a ser reconocida legalmente por proceso de adopción mediante sentencia que declare la ficción legal de madre adoptiva y que se debe agotar el trámite respectivo, como lo ordena la ley. No se podrá negar dicho trámite con el argumento de la identidad de sexos, así la Corte protegió el derecho a la familia en el marco de la autonomía de la voluntad y los derechos del niño.

Con este precedente la Corte Constitucional tal vez sin quererlo, estableció un trato discriminatorio entre los niños hijos de padre o madre homosexual y cuyo compañero o compañera desea adoptar al menor y resto de los niños en situación de adoptabilidad, que no cumple con estos parámetros, Aún estaba pendiente declarar la constitucionalidad de la adopción conjunta es decir aquella solicitada por las parejas homosexuales.

3. Adopción Conjunta

Un ciudadano haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40 # 6º, 241, 242 y 379 de la Constitución colombiana, decide demandar los artículos 64, 66 y 69 del Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 1º de la ley 54 de 1990, con el argumento que las normas acusadas no autorizan la adopción conjunta ni complementaria para las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Siendo enfático en el déficit de protección existente

sobre las parejas homoparentales y la necesidad de que se les reconozca su derecho a adoptar, mediante una institución que el accionante llama “adopción igualitaria”.

Los argumentos en que consiste la demanda son que la normativa solo le permite acceder a las parejas heterosexuales al proceso de adopción, y por tanto impide que las parejas del mismo sexo puedan optar por este proceso, desconociendo así derechos fundamentales tales como vivir dignamente, igualdad, prohibición de no discriminación por motivos de orientación sexual, conformar una familia y no ser separados de ella y los principios del pluralismo y la diversidad cultural y para finalizar el interés superior del menor en situación de adoptabilidad a conformar una familia. Como se puede observar gran parte de los argumentos del accionante recaen sobre derechos de las parejas homosexuales.

La Corte Constitucional en la Sentencia C 071 de 2015 declaró constitucionales los artículos demandados, en el entendido que esas normas también le son aplicables a parejas conformadas por personas del mismo sexo en aquellos casos donde la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de uno de los compañeros permanentes, es decir confirmó lo antes dicho por la Sentencia SU 617 de 2014, frente a la adopción complementaria o por consentimiento. Pero dejó pendiente la discusión sobre la adopción conjunta.

Al poco tiempo de ser expedida la Sentencia C 071 de 2015, la Corte Constitucional retoma el asunto de estudio, pues de nuevo varios ciudadanos haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad demandaron los artículos 64, 66 y 68 (parciales) del Código de la Infancia y la Adolescencia, con el argumento de que vulneraban los derechos de las parejas homoparentales a adoptar frente a las parejas heterosexuales, la demanda reclama el derecho fundamental de los niños en situación de adoptabilidad a tener una familia, lo anterior conforme al artículo 13, 42 y 44 de la Constitución colombiana.

En la sentencia C 683 de 2015, los demandantes tienen la pretensión de que se declararen inexequibles las normas acusadas porque van en contra de derechos fundamentales como la igualdad y derechos de los niños como el de

tener una familia. Vulneran la normativa internacional que protege derechos fundamentales y por ende el bloque de constitucionalidad, generando así un déficit a la hora de hacer efectivos los derechos en mención.

La normativa cuestionada descarta a las parejas homosexuales que pretendan iniciar un proceso de adopción y son tratadas en diferentes condiciones que las parejas heterosexuales, excluyendo a la pareja homosexual como grupo familiar idóneo para adoptar, con lo anterior se vulneran derechos de los niños en situación de adoptablidad a tener una familia.

La Corte analizó la acción en contra de las normas parcialmente acusadas, para ello se basó en la jurisprudencia producida, la evidencia científica y el derecho comparado, con la finalidad de proteger al menor por el déficit de protección de la normativa y de la situación que se genera cuando se niega al niño la opción de crecer en un grupo familiar que lo acompañe en todos sus procesos de crecimiento y formación.

Acorde con la jurisprudencia comparada y conceptos técnicos emitidos por investigadores en el campo de la psicología y evidencia científica se concluyó que no hay afectación del interés superior del menor en el caso que éste crezca en una familia homoparental, por el contrario, se ha presentado como una medida de protección del niño, el ICBF debe realizar un análisis a cada caso concreto valorando la idoneidad de los padres que desean adoptar y su estabilidad socio económica. Deja claro la Corte que la adopción no es un derecho, por lo tanto, no hay discriminación de las parejas homosexuales frente a las heterosexuales que pretendan adoptar, así:

> *"la adopción no es un derecho del futuro o eventual adoptante, sino una medida de protección en favor de los niños y, en ese sentido, se deduce que de ninguna forma las normas sobre adopción le están negando a las parejas del mismo sexo un derecho que sí se les garantiza a las uniones heterosexuales, en tanto que ese derecho simplemente no existe."* Sentencia C 683 de 2015

Pero la orientación sexual de una persona no puede ser tenido en cuenta como criterio de exclusión en un proceso de adopción:

> *"Según la Corte, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional, la orientación sexual de una persona o su sexo no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar"* Sentencia C 683 de 2015

La Sala plena de la Corte Constitucional aprobó esta decisión por seis votos a favor y dos en contra, la ponencia argumenta que tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales pueden agotar el proceso de adopción conjunta y cuando cumplan con los requisitos exigidos por ley.

LA ADOPCIÓN NO ES UN PROCESO QUE DEBA SER DETERMINADO POR LA ORIENTACIÓN SEXUAL DEL ADOPTANTE SINO POR SU IDONEIDAD

El artículo 68 del código de la infancia y la adolescencia exige como requisito para la adopción idoneidad física, mental, moral y social, con el fin de asegurar las mejores condiciones para el cuidado y atención de las necesidades del menor que se integra a una familia, podemos definir la idoneidad en los siguientes términos (Rolong Arias, 2018):

> •Idoneidad Física. se describe como la salud física de los peticionarios, deben tener una buena y permanente relación emocional paterno filial. La salud debe ser buena, que no conlleve discapacidad seria, supervivencia corta o cualquier otro obstáculo serio para la relación paterno filial. La debe certificar un médico.
>
> • Idoneidad Mental. es entendida como los rasgos de personalidad que indiquen funcionamiento adaptativo, salud mental, la estabilidad emocional y afectiva, capacidad para establecer y mantener vínculos para relacionarse adecuadamente consigo mismo, con los otros y con el entorno, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite al menor, niña o adolescente un desarrollo equilibrado. La idoneidad mental se prueba con entrevistas psicológicas y psiquiátricas y valoración de trabajo social. En el ámbito psicológico existen múltiples métodos para analizar la personalidad y sus variaciones de individuo a individuo, una parte de las cuales tiene como herramienta fundamental un análisis cuantitativo

> mediante la estadística y técnicas psicométricas. Es importante que el profesional en Psicología cuente con unos elementos de verificación adecuados y validados y estandarizados que permitan unos resultados idóneos.
>
> • Idoneidad Moral. Está referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio o país y es aceptada como norma ética de convivencia, pero no determinada por la preferencia sexual. (Resolución No. 3748 de 2010. I.C.B.F; Lineamientos tecnicos para adopciones en Colombia, 2010)

En Colombia que las personas con orientación sexual diversa puedan adoptar no se trata de un derecho de éstas, sino de los derechos prevalentes del menor en situación de adoptabilidad, especialmente el derecho a acceder a una familia. La adopción no puede ser determinada por la orientación sexual del o los adoptantes sino por su idoneidad física, mental y moral. Tener en cuenta esto nos permitirá construir sociedades respetuosas e incluyentes.

CONCLUSIONES

El Colombia la definición de la familia ha cambiado con los años. Durante mucho tiempo enmarcada dentro del matrimonio, pero hoy entendida como un concepto extenso que incluye toda unión precedida por lazos de afecto, comunidad de vida y ayuda mutua de personas que viven bajo un mismo techo. No tienen que estar unidas por el matrimonio, como lo afirman las concepciones tradicionales, puede existir solo la convivencia, no se determina por la orientación sexual de quienes la conforman y las relaciones en las que se sustentan pueden ser vínculos consanguíneos, extramatrimoniales, adoptivos, o de crianza, existentes entre padres e hijos, abuelos y nietos, tíos y sobrinos, compañeros permanentes, entre otros.

La Corte Constitucional colombiana en unas primeras decisiones (Sentencias T 290 de 1995 y C 814 de 2001) les negó a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar, con posterioridad y frente a los cambios sociales ha interpretado de manera sistemática y no gramatical el artículo 42 de la Constitución de 1991 que define la familia y se hizo necesario entonces adaptar una ficción como lo es la adopción a esta nueva realidad social y jurídica. El cambio fue posible gracias al Tribunal Constitucional que de manera gradual le reconoció a las personas con orientación sexual diversa la posibilidad de adoptar, primero de manera individual o monoparental (Sentencia T 276 de 2012); luego adopción complementaria o por consentimiento, cuando uno de los miembros de la pareja homosexual pretende adoptar el hijo(a) bilógico(a) de su compañero(a) (sentencia SU 617 de 2014 y C 071 de 2015); para concluir con la adopción conjunta, es decir cuando una pareja homosexual, ya sean cónyuges o compañeros permanentes decide adoptar un menor (C 683 de 2015). En Colombia gracias a la Corte Constitucional quedó claro que la adopción no es un asunto determinado por la orientación sexual de quien adopta, sino por su idoneidad física, mental y moral.

REFERENCIAS

Acosta Arengas, L. A. (2012). El hijo de crianza en Colombia: ¿Mito o realidad? Revista Temas Socio-Juridicos, 62-13.

Ahneyenzy, C. V. (2016). Igualdad, derechos y garantías de las Igualdad, derechos y garantías de las Parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional Colombiana. Revista Academia & Derecho, 119 - 142.

Álvarez Pertuz, A. (2011). Constitucionalización del derecho de familia. Jurídicas CUC, 27 - 51.

Alventosa del Río, J. (2008). Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español. Madrid: Gobierno de España.

Arango Olaya, M. (2006). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Jurìdica- Universidad ICESI, 79 - 102.

Chaparro. Piedrahíta, L. J. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. Revista CES Derecho, 267 - 297.

Estrada Vélez, S. (2011). Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla. Opinión Jurídica, 126-159.

Estupiñán Velandia, J. E. (2016). Evolución del concepto de familia bajo el Estado social de derecho. fuac, 164 - 179.

Gilbaja Cabrero, E. (2013). Orientación sexual y filiación. General de Derecho Constitucional, 1-27.

Hualde Sánchez, J. J. (2005). La adopción por parejas del mismo sexo. Cuadernos de derecho judicial, 26, 269 - 316.

Kemelmajer de Carlucci, R. A. (2010). El nuevo derecho de familia. Visión doctrinal y jurisprudencial. Colombia: Ibañez.

Ley 1098 de 2006,Congreso de la República de Colombia; Por medio de la cual se expide el Código de la infancia y la Adolescencia. (08 de noviembre de 2006). Diario Oficial. Bogotá.

Ley 54 de 1990. Congreso de la Republica; Por medio de la cual se definen las Uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. (28 de diciembre de 1990.). Diario Oficial. Bogotá.

Lopez Medina, D. (2016). Como se construyen los derechos. Bogotá.: Legis.

Loewenstein, K. (1975). Teoría de la Constitución. Editorial Ariel. Barcelona. 1975. Pág. 217

Mendieta, D. (2010). La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de vigencia en Colombia. Revista Vniversitas 120. Pontificia Universidad Javeriana, 61 - 83.

Mendieta, David y Tobón Mary Luz. (2018a). El (des)control de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales, Año 16, No 2, 2018, pp. 51-88

Mendieta, D. y Tobón, M.L. (2018b). La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 10(3):95-108, sep- dic 2018 Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2018.103.05

Morales Acacio, A. (2010.). La Familia en la Constitución Nacional. Estimación Legal y Jurisprudencial. Revista Jurídica Mario Alario D´ Filippo., 60-89.

Parra Benites, J. (2008). Derecho de Familia. Bogotá: Temis.

Quinche Ramirez, M. F. (2013). El derecho judicial de la población LGTB y la familia diversa. Bogotá.: Legis.

Resolución 44/25 de las Naciones Unidas,Convención sobre los derechos del niño. (20 de noviembre de 1989). Nueva York.

Resolución No. 3748 de 2010. I.C.B.F; Lineamientos tecnicos para adopciones en Colombia. (2 de octubre de 2010). Diario Oficial No. 47.850. Bogotá.

Rolong Arias, K. A. (2018). La adopción por personas del mismo sexo en Colombia una medida para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad. Revista Academia & Derecho, 163 - 184.

Sentencia C - 071 (Corte Constitucional Colombiana. 18 de febrero de 2015).

Sentencia C - 075 (Corte Constitucional de Colombiana. 07 de febrero de 2007).

Sentencia C - 238 (Corte Constitucional de Colombiana. 22 de marzo de 2012).

Sentencia C - 336 (Corte Constitucional de Colombiana. 16 de abril de 2008).

Sentencia C - 683 (Corte Constitucional de Colombiana. 04 de noviembre de 2015).

Sentencia C - 798 (Corte Constitucional de Colombiana. 20 de agosto de 2008).

Sentencia C - 577 (Corte Constitucional de Colombiana. 26 de julio de 2011).

Sentencia SU - 214 (Corte Constitucional de Colombiana. 28 de abril de 2016).

Sentencia SU - 617 (Corte Constitucional de Colombiana. 28 de agosto de 2014).

Sentencia T - 276 (Corte Constitucional de Colombia. 11 de abril de 2012).