

ENSAYO TRABAJO DE GRADO

FAMILIAS HOMOPARENTALES

CARLOS AUGUSTO TABARES JIMENEZ

Área

DERECHO DE FAMILIA

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

MEDELLIN

2014

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
1. FAMILIAS HOMOPARENTALES	5
1.1 Falencias encontradas en el Código Civil Colombiano entorno a la concepción de Matrimonio.	15
1.2 Problemáticas sociales que inciden en la aprobación de la adopción homoparental en Colombia.	19
1.3 Problemáticas frecuentes que enfrentan las familias homoparentales en el mundo.	22
1.4 Opinión médica respecto a la adopción homoparental	23
1.5 Efectivización de los derechos reconocidos	24
1.6 Falencia del Dinamismo del Derecho.....	24
1.7 Incidencia Internacional	27
1.8 Sustento Doctrinario	28
1.9 Falencias Jurídicas.	29
2. CONCLUSION	33
BIBLIOGRAFÍA	36
WEBGRAFIA	38

INTRODUCCIÓN

La adopción es un proceso legal en el cual un individuo ocupa un lugar en un núcleo familiar diferente en el cual nació; ya sea por motivos de orfandad o total enajenación de los padres biológicos respecto a la responsabilidad moral, ética y legal con sus hijos, los menores pueden hacer parte de una nueva familia la cual tendrá la obligación de salvaguardar sus derechos y velar por su bienestar integral. En algunos países, citando el caso específico de Colombia, solo se permite que el núcleo vital familiar este integrado por parejas heterosexuales, los cuales en últimas son los únicos facultados para efectuar el proceso de adopción.

Pero ¿Qué pasa con las parejas homosexuales que quieren constituir una familia con hijos? ¿Acaso no poseen los mismos derechos que una pareja heterosexual?

El presente ensayo tiene la finalidad de responder los cuestionamientos anteriores, aportando elementos de juicio alrededor de las falencias que se han venido observando en materia de la desigualdad frente a las parejas homosexuales y la adopción resaltando los desafíos teóricos e ideológicos que enfrentan los homosexuales al reconocimiento.

Se parte del reconocimiento del contexto colombiano y la determinación de la incidencia de la adopción homoparental sobre los niños y la sociedad en general; de igual modo se efectúa una revisión de la normatividad que apoya o está en contra de la adopción

en parejas del mismo sexo, para que, de este modo se puedan determinar las falencias a nivel social y jurídico que enmarcan la adopción homoparental en el país.

1. FAMILIAS HOMOPARENTALES

La familia es el núcleo vital de la sociedad; sin ella el individuo no podría desarrollarse integralmente ya que del vínculo e interacción que se establece entre las partes que la componen depende el porvenir del sujeto, es decir, la familia ayuda a estructurar al individuo a nivel físico, emocional y psicológico, por medio de los cuidados que se le brinden desde recién nacido.

Tradicionalmente se conocen dos tipos de familia: una de tipo extensa o compleja y otra de tipo nuclear, la primera se refiere a la familia conformada por integrantes de varias generaciones que comparten un lazo parental, es decir, abuelos, tíos, sobrinos, hijos, primos. La segunda, familia nuclear, está formada únicamente por los miembros de una pareja y/o sus hijos.

No obstante, los anteriores conceptos de familia han trascendido ya que, en la actualidad las familias son tan diversas como las personas, esto da pie a nuevas constituciones familiares donde incluso no tiene que existir un vínculo de sangre de por medio.

Según Golombok (2006) desde principios del siglo XXI la unidad familiar ideal de una pareja heterosexual con su matrimonio estable e hijos concebidos de forma natural ha cambiado totalmente, de hecho se está haciendo cada vez más raro; las familias se desvían de la “norma” de distintas maneras: Es común ver familias donde solo la mujer lleva la

responsabilidad de criar a sus hijos ya sea por divorcio o porque desde el inicio de su embarazo no contó con un compañero sentimental estable; de igual modo se evidencian familias reconstituidas; familias adoptivas; familias de parejas sin descendencia, familias biparentales, y en mínimos casos, familias homoparentales.

Esta última constitución familiar homoparental ha causado revuelo en decenas de países alrededor del mundo, cientos de personas consideran que la unión entre parejas del mismo sexo podría causar problemas de conducta y una fuerte influencia en la inclinación sexual del menor, sin embargo, otros argumentan que la estructura familiar en si misma influye poco sobre el desarrollo psicológico de los hijos y que, lo que realmente importa es la calidad de la vida familiar. (GOLOMBOK SUSAN 2006)

En Colombia este tema ha causado polémica a lo largo de los años, en general por que el país es católico, de hecho, alrededor de 38.100.000 colombianos profesan esta religión la cual remontándose a la razón humana, a la Sagradas escrituras y a siglos de la tradición, sigue insistiendo: “el matrimonio es la unión conyugal de un hombre y de una mujer, orientada a la ayuda mutua y a la procreación y educación de los hijos.”

Es importante resaltar que la iglesia católica ha tenido una fuerte influencia sobre la jurisprudencia de la nación, de hecho, en la legislación colombiana no estaba aceptada la unión marital de hecho ni la constitución de la sociedad patrimonial para parejas del mismo sexo, sino hasta el año 2007 cuando la Honorable Corte Constitucional realizó una

extensión de la norma que permitió que hombres y mujeres del mismo sexo pudieran unirse como cónyuges y poseer derechos inalienables de la sociedad marital.

En esta última parte se forma una situación neurálgica y de interpretación dificultosa, y es que, dentro de los derechos de la sociedad marital se encuentra el poder constituir una familia tal como lo expresa el artículo 42 de la constitución política colombiana: *“Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.”* Además que, *“La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”* Aquí no se especifica que los hijos deban ser procreados de manera natural, por lo tanto cabe la posibilidad de la adopción.

El Artículo 61 del código de infancia y adolescencia expresa: *“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 paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”*

De igual forma, el artículo 68 del mismo código manifiesta los requisitos para adoptar, expresa: *“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:

- Las personas solteras.
- Los cónyuges conjuntamente.
- Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.
- El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
- El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. (Código infancia y adolescencia)

El artículo anteriormente citado no manifiesta explícitamente que los menores no pueda ser adoptados por parejas homosexuales, sin embargo, expresa que debe garantizarse para el niño adoptado total idoneidad física, mental, moral y social ; decenas de personas en contra de la homoparentalidad expresan que las parejas homosexuales no pueden bajo ningún medio garantizar idoneidad moral.

Como contrapartida a la anterior aseveración, la sentencia C-710/12 buscó demandar la inconstitucionalidad contra el vocablo “moral” contenido en el Artículo 68 del código de la infancia y la adolescencia, ya que los cargos carecían de certeza, pues se

estructuraban a partir de una interpretación subjetiva del precepto y no guardaban relación con su contenido.

Sin embargo, se concluyó que no había razones poderosas ni suficientes que hagan pensar en un cambio en el contexto normativo y que habiliten a la corte para efectuar un nuevo análisis de constitucionalidad, así pues, se confirmó el rechazo a la demanda de la presunta consecuencia inconstitucional.

Pero entonces ¿Qué pasa cuando una pareja homosexual quiere constituir una familia con hijos? Si los ciudadanos anteriormente mencionados que cumplan con los requisitos pueden adoptar, ¿porque no los homosexuales? Si las familias suelen organizarse en torno a dos personas que comparten su vida, acaso ¿No son familia dos hombres o dos mujeres que deciden compartir su existencia?

Es claro que la presunción de igualdad en el derecho moderno aborda poco o nada el tema de la sexualidad. Todos somos iguales ante la ley, independientemente de las diferencias de sexo u orientación sexual pues es considerado jurídicamente irrelevante, tal presunción esconde una realidad muy diferente de desigualdad e incluso subordinación de la sexualidad en la jerarquía social.

La adopción entre dos personas del mismo sexo choca con las interpretaciones moralistas relacionadas con la necesidad de reconocimiento de una “relación estable” implícitamente homosexual, o los obstáculos a la inscripción de los niños sin la existencia

de una madre y un padre. A su vez, la evaluación de la capacidad de los padres adoptivos para satisfacer materialmente el bienestar de los niños adoptables tiende a basarse en un concepto tradicional de familia.

En la actualidad no ha podido establecerse de manera concreta la posibilidad de que sea permitida la adopción por parte de personas homosexuales, sin embargo, en días pasados, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) a partir de lo resuelto y ordenado en sentencia T-276/12, otorgó a un periodista norteamericano homosexual la patria potestad de dos niños colombianos de 13 y 9 años de edad. Aquí evidentemente se viola el derecho a la igualdad, porque se está privando a las parejas homosexuales colombianas con un hogar constituido y que cumplen con los requisitos para la adopción y el derecho a adoptar, a la vez se le están otorgando beneficios a personas de otra nacionalidad.

Surge entonces una pregunta base para el presente escrito... ¿Cuáles son los vacíos jurídicos que existen en la normatividad sobre la adopción homoparental que han conducido a que se vulneren algunos derechos de la población LGBTI en Colombia?

Es necesario esclarecer que las parejas homosexuales pueden y deben tener en Colombia unión libre sujeta al mismo tratamiento de una asociación civil, pero los argumentos legales afirmaron que no como una familia, siendo este un reconocimiento parcial y discriminatorio que es necesario abordar y argumentar de modo diferente.

A las uniones entre homosexuales se les reconoce además la posibilidad de establecer bienes en común y hasta ser beneficiario en la pensión de su pareja homosexual, produciendo así similares efectos patrimoniales a las familias heterosexuales; lo anterior conseguido bajo normatividades fundadas bajo el derecho constitucional de la igualdad.

Sin embargo, tal parece que esto tiene una excepción, ya que esta igualdad necesita unos requisitos para poder ser aplicada en el campo de la adopción, lo que lleva a afirmar que la igualdad no es absoluta. En este sentido, puede argumentarse que ya se estaría dando un paso abismal de la equivalencia a la discriminación, lo cual cohíbe el verdadero y libre desarrollo de la personalidad e igualdad en razón al tabú que aún se maneja en la sociedad el cual expresa que todo lo que vaya en contra de las sanas costumbres y las leyes de la naturaleza, es inmoral y debe conllevar a la prohibición por medio del Estado.

Si bien, Colombia ha pasado por un proceso de cambio ideológico gracias, en gran medida, a la globalización y con ella la expansión y cobertura de los medios de comunicación, aun la sociedad colombiana en general está invadida por unos pensamientos cortantes, tajantes e intolerantes respecto al tema de la homosexualidad los cuales de una u otra forma la sume en la ignorancia.

Es evidente la falta de sensibilización social en torno al tema de la homosexualidad, por eso es obligación del Estado velar por la concientización de la evolución de la sociedad y de las nuevas situaciones que se desarrollan en la misma respetando siempre los derechos del otro.

Como se mencionó anteriormente, la complejidad jurídica y el desarrollo de una normatividad clara está todavía en proceso, prueba de ello es que en sentencias de la Corte Constitucional como la Sentencia C-814-01 la cual expresa que si bien la idoneidad moral de la persona, requisito indispensable para la adopción, no excluye expresamente a las personas homosexuales (...) La limitación del derecho de adoptar es impuesta a quienes viven de conformidad con sistemas morales distintos del presupuesto de la moral pública, aunque significa una restricción fuerte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la única manera de garantizar la prevalencia de los objetivos superiores relativos a la finalidad moral de la educación, dada la condición de los padres de ser los primeros y principales educadores de sus hijos (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-814 de 2001)

Frente al tema de la moral, varias parejas homosexuales que desean adoptar, expresan que actualmente la sociedad colombiana ha evolucionado y por eso se debe cambiar el concepto vigente de moral, el cual está vinculado al tema religioso, así pues, es preciso separar estos conceptos para evitar que existan ciudadanos de diferentes condiciones. No obstante, la procuraduría expresa que si se eliminara la expresión “Moral” en el Artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia, querría decir que cualquier persona podría adoptar, independientemente de su conducta moral, lo cual contribuiría a la violación de los derechos de los niños y se desconocería la integridad moral de los menores.

Ahora bien, países como Holanda, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, noruega. Suecia, Islandia, argentina, Dinamarca, Uruguay, Nueva Zelanda, y algunos estados de

EE.UU permiten tanto el matrimonio como la adopción homoparental (Copyright © 2012 Contrapunto). Hasta el momento no se ha confirmado que los menores adoptados hayan presentado algún tipo de comportamientos distinto a aquellos adoptados por parejas heterosexuales.

Muchas personas tiene la idea de que la homosexualidad es una patología contagiosa con la capacidad de pervertir y aseguran que una pareja homosexual irremediablemente creara a un futuro joven homosexual, sin embargo, esto no ha sido comprobado científicamente; el supuesto daño que los menores sufren al ser adoptados por estas parejas tiende a ser una aseveración conservadora por excelencia mientras no se demuestre lo contrario.

En Colombia se ha evitado la formación de núcleos familiares homosexuales con hijos con el argumento de que esta unión causa serios e irreparables daños a los niños, es claro que esta percepción la poseen principalmente aquellos ciudadanos que de una u otra manera criminalizan la condición de homosexualidad. Sin embargo, aún falta ahondar en este tema y de este modo poder determinar qué tan cierto sean estos prejuicios de la adopción homoparental en el menor adoptado.

Antes de profundizar en el tema de la adopción homoparental, es importante determinar los requerimientos que poseen los niños para su correcto desarrollo, de esta forma, se pueda evaluar si tales necesidades pueden ser satisfechas a partir de las familias homoparentales.

Los menores deben vivir una infancia sana; durante la etapa de la niñez se producen muchas adquisiciones que serán las bases para el desarrollo del niño, estas adquisiciones dependen a la vez del entorno o del micro contexto familiar donde el niño crezca, así pues, los vínculos con los integrantes del hogar favorecen el desarrollo personal, afectivo, cognitivo y emocional del infante.

Al parecer no existen diferencias significativas de quienes viven con padres homosexuales y heterosexuales, el deber de los padres y/o madres es ofrecerle al menor un contexto donde su desarrollo sea óptimo y su crecimiento se de en un entorno lleno de posibilidades.

Las familias sean homoparentales o heterosexuales deben proporcionar a los niños y niñas amor, seguridad y protección; además, respetar sus tiempos y características específicas. De igual modo, deben ejercer la autoridad desde el cariño, estableciendo pautas de comportamiento y control.

Los padres y/o madres tienen que aportar, fomentar y expresar los anteriores aspectos a sus hijos, queda claro, además, que ninguno de estos aspectos tiene como requisito o necesidad que los progenitores sean de un género específico, o que sea competencia exclusiva de las familias heterosexuales.

La orientación sexual no debe ser motivo de discriminación ni mucho menos interferir con el uso y goce de sus derechos; una pareja homosexual tiene el derecho a

formar una familia, ya que el hecho de ser homosexuales no le impide ser padres o madres. La homosexualidad no es una moda, es una condición personal, está en la naturaleza del individuo ya sea como conducta adquirida o innata. Esto explica entonces porque surgen personas homosexuales de parejas heterosexuales.

1.1 Falencias encontradas en el Código Civil Colombiano entorno a la concepción de Matrimonio.

El código civil colombiano en su artículo 113 define el matrimonio como: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (Congreso de la Republica de Colombia. Código Civil Colombiano, Artículo 113.)

Esta es la figura jurídica que tradicionalmente define la forma solemne de las uniones entre las parejas, inclusive se puede analizar que del anterior articulado el matrimonio está determinado por la voluntad de las partes con fines específicos y generales entre los cuales sobresalen el de vivir juntos y procrear.

Avanzando un poco más sobre el entendido de procrear y teniendo en cuenta la problemática aquí planteada, es factible entender dicho verbo de una manera más amplia ya que tratándose de las parejas homosexuales, estas presentan una imposibilidad biológica para procrear y es por ello que con el fin de constituir una tipología familiar recurren a la adopción buscando asemejarse a una nuclear.

Pero es este el inconveniente mayor, dado que no se le permite a las parejas homosexuales constituir una tipología familiar con hijos adoptivos los cuales pudieran llegar hacerlo también mediante la adopción de los hijos de sus compañeros.

Retomando nuevamente el concepto de matrimonio dado por la Legislación Civil Colombiana, es importante destacar una figura nueva que ha emergido recientemente en el sistema jurídico nacional el cual le han dado el nombre de vínculo contractual solemne, el mismo tiene un valor igualitario al matrimonio en razón a que se constituye de manera solemne y permite obtener derechos y deberes similares o iguales al del matrimonio, se puede entender también como un beneficio otorgado a las parejas homosexuales para que puedan oficializar una vida en pareja.

Lo anterior se baso en el proyecto de ley 47 de 2012, que tuvo como alcance del proyecto:

“es preciso aclarar que las personas unidas bajo el vínculo de unión civil podrían formar una familia al hacerlo de forma libre y voluntaria tal y como lo exige la Constitución Política, al optar además por una figura diferente a la del matrimonio.

Al establecer que la Unión Civil, que pretendía ser creada mediante este proyecto de ley, tendría los mismos efectos jurídicos del matrimonio civil, se refería no solo a todos aquellos derechos y obligaciones connaturales a las institución del matrimonio sino también a todas las implicaciones de tipo jurídico que conlleva la realización de este acto, es decir a

la Unión Civil, le serían aplicables las mismas nulidades del matrimonio, el mismo procedimiento para la separación de bienes, de cuerpos, sería aplicable el divorcio, los contrayentes podrían formar una sociedad conyugal que en caso de divorcio deberían disolver y liquidar, podrían constituir capitulaciones, utilizar la figura de afectación a vivienda familiar y constituir patrimonio de familia”.(Congreso de la Republica Proyecto de ley número 47 de 2012 Senado- No aprobado)

De otro lado está la unión marital de hecho, la cual busca la igualdad de los homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, y que de esta forma puedan lograr construir un patrimonio, obtener beneficios, tener seguridad y protección jurídica.

La unión marital de hecho se logró mediante la sentencia C 075 de 2007, M.G.P. Rodrigo Escobar Gil, la cual aprobó la posibilidad de constitución de una sociedad patrimonial entre las parejas del mismo sexo, de este modo minimizar los obstáculos para que las parejas homosexuales emprendan una vida juntos y construyan un patrimonio entre ambos.

La Ley 979 de 2005 modificó parcialmente la Ley 54 de 1990 y se estableció unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes, esta ley tuvo en cuenta la sentencia C 075 de 2007; y en su artículo 2º expresa: “sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
- Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho. Este último aplica para las parejas homosexuales.

Ahora bien, según el artículo 3 de la Ley 54 de 1990 la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes podría disolverse por los siguientes hechos:

- Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a Escritura Pública ante Notario.
- De común acuerdo entre compañeros permanentes, mediante acta suscrita ante un Centro de Conciliación legalmente reconocido.
- Por Sentencia Judicial.
- Por la muerte de uno o ambos compañeros.

Así pues, caso de una ruptura de la convivencia el patrimonio obtenido por ambos, debe y tiene que ser disuelto y repartido, según el artículo 4 de la Ley 54 de 1990:

“Cualquiera de los compañeros permanentes o sus herederos podrán pedir la declaración, disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial y la adjudicación de los bienes.

Cuando la causa de la disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial sea, la muerte de uno o ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre y cuando previamente se haya logrado su declaración conforme a lo dispuesto en la presente ley.”

Siendo así las cosas queda previsto pues las dos formas de constituir una familia en Colombia, para el caso concreto de los homosexuales ellos pueden servirse de las dos últimas, de las cuales ninguna satisface completamente las necesidades del colectivo gay, ya que como muchas parejas heterosexuales, ellos también desean que se les brinde la oportunidad de extender su núcleo familiar y poder tener la oportunidad de contar con hijos en su relación, esto último se entiende como un vacío jurídico, ya que la ley no provee la posibilidad de realizarlo.

1.2 Problemáticas sociales que inciden en la aprobación de la adopción homoparental en Colombia.

En razón a pensamientos de corte religioso tradicionalistas que aun atan a la nueva sociedad a actuar como la antigua, ciñéndola así a un mundo paradigmático que rechaza de manera inmediata prácticas y tendencias distintas a las tradicionalmente aceptadas, para

este caso el homosexualismo, la problemática hoy día se vuelca sobre valores que se ven involucrados en el entorno de la sociedad.

Es claro que algunos personajes influyentes en el país expresan ideas rígidas y que en realidad no exponen de manera coherente y concreta el supuesto perjuicio que imparte sobre el país la adopción homoparental, tal es el caso del actual procurador nacional, Alejandro Ordoñez, el cual ha proferido distintas afirmaciones manifestando su posición en contra del matrimonio y la adopción por parte de personas de mismo sexo, según el procurador : “esto significaría un detrimento para la sociedad pues iría más que todo en contra de la voluntad de Dios” lo que él considera que contribuiría al deterioro de una sociedad que para efectos analíticos, se encuentra muy filtrada por corrupción, mafia, intolerancia y otros tantos más anti valores.

Otra aseveración que ha generado serios enfrentamientos con la comunidad, fue la declaración que realizó en los medios virtuales en el cual decía que: “Es un hecho comprobado científicamente que una familia debe ser formada por dos personas de diferente sexo y que, además, de esa manera lo consagra la Constitución”

Lo anterior demuestra cómo una persona que ostenta un cargo en el cual ejerce funciones como: Velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las decisiones judiciales y administrativas, entre otras tantas; las realiza de forma parcializada y guiada por su corte religioso lo cual va a toda voz en contra de las libertades constitucionales que se les otorga a los ciudadanos colombianos.

La misma sociedad se encuentra dividida al tener posiciones a favor y en contra, lo cual repercute en el trato que se les da a las personas homosexuales y que influyen en la garantía de derechos que estos poseen por el mero hecho de ser personas.

La opinión que persiste en la sociedad colombiana es que “los padres son los primeros modelos de identidad” algunos psicólogos y psiquiatras apoyan esta opinión, expresan que la educación en los primeros años de la vida se basa en procesos de imitación, el niño copia, imita y reproduce la conducta de sus padres, y si estos dos son del mismo sexo, van a dejar una fuerte impronta en la psiquis del menor.

De igual manera, gran parte de la población expresa que en las parejas del mismo sexo, el niño adoptado va a carecer de un ingrediente afectivo esencial: la cuota materna y paterna; es decir, la educación sentimental debe hacerse de la mejor manera posible ya que el desarrollo integral del niño adoptado se enriquece únicamente con la acción de los dos padres (hombre y mujer).

A nivel social, los ciudadanos que están en contra de la adopción homoparental expresan que la educación sexual en los niños adoptados va a estar condicionada, esto sucede ya que en la niñez y adolescencia el tema de la sexualidad es de gran plasticidad por tanto el niño no tendrá los criterios realmente suficientes para elegir su condición sexual ya que se fijara en su entorno más cercano : sus padres; de igual modo, el niño adoptado por una pareja homosexual puede tener varios conflictos con otros niños, va a tener que luchar

con su entorno, lo que genera tensiones psicológicas, frustraciones e incluso agresividad debido a la discriminación que podría sentir.

1.3 Problemáticas frecuentes que enfrentan las familias homoparentales en el mundo.

En la actualidad, se evidencian distintas situaciones negativas de las cuales son víctima las familias homoparentales, se crean situaciones donde la sociedad, las empresas y la sociedad en general rechaza este modelo contemporáneo de familia.

Es claro que algunos centros educativos no reciben positivamente a los niños que integran una familia homoparental, de hecho, los materiales, libros y contenidos escolares, no están adaptados a las nuevas familias compuestas por dos papas o dos mamas.

Esta discriminación trasciende a la administración pública, por ejemplo, los formularios para solicitudes en Entidades del Estado están mal adaptados, solo poseen la opción de “Nombre de padre y madre”, e incluso en los formularios suministrados por el DANE para la inscripción del registro civil de nacimiento se presenta dicha irregularidad.

Finalmente, y tal vez lo más doloroso para estas familias homoparentales, es que sus mismos familiares no están de acuerdo ni con la unión ni con la adopción de menores.

1.4 Opinión médica respecto a la adopción homoparental

La opinión médica está dividida respecto al tema; por una parte algunos médicos expresan que realmente importante en el desarrollo y la estructuración integral del menor no es el género de sus padres sino el amor y cariño que estos le tengan; pero, por otro lado, varios profesionales de la salud opinan que los menores necesitan una figura paterna y una figura materna para que así dispongan de un modelo masculino y femenino y puedan desarrollarse integralmente

Polaino (s/f) catedrático de Psicopatología de la Universidad Complutense de Madrid y presidente de la sección de educación especial de la Sociedad Española de Psicopatología, afirma que *"la adopción de padres homosexuales trae consecuencias psicopatológicas en el adoptado"*. De hecho, este hombre en su escrito "Las razones de un "no" a la adopción por homosexuales" expresa de manera cortante y tenaz basándose aparentemente en un criterio profesional que la adopción de parejas homosexuales causa severos trastornos en la identidad sexual de los menores, manifestando al tiempo, que los niños tienen mayor incidencia de comportamientos homosexuales al llegar a la adolescencia, esto hasta siete veces más que los niños que viven con sus padres biológicos en familias heterosexuales.

De igual manera, Polaino expresa que los conflictos y comportamientos violentos son dos o tres veces más frecuentes entre las parejas homosexuales que en las parejas heterosexuales aumentando la inestabilidad afectiva de los hijos adoptados (p2).

1.5 Efectivización de los derechos reconocidos

Aquí justamente se encuentra una problemática y una negativa respecto a la garantización de la efectivización de los derechos reconocidos y otorgados a los homosexuales.

La Constitución Política Colombiana otorga la posibilidad de construir una familia, de construir un patrimonio, entre otros tantos derechos, pero estos no pueden ser efectivizados en todas las ocasiones ejemplo vivo de ello es para las personas homosexuales que no pueden desarrollar su plan de vida en razón a las problemáticas sociales que tildan de incorrectas la realización de estos.

Es válido afirmar que existe una problemática social que afecta y vulnera directamente los derechos de las personas homosexuales e incluso el de los menores.

1.6 Falencia del Dinamismo del Derecho.

Por otro lado, se puede analizar lo dispuesto por nuestro legislador el “Congreso de la República de Colombia”, el cual es conformado por 102 Senadores y 166 Representantes

a la cámara elegidos por votación popular por periodos de cuatro años, tiempo en el cual cumplen con funciones como la de ser constituyente, de vigilancia y monitoreo, además de su función principal que es la de ser la encargada de ejercer el poder legislativo, lo cual se entrelaza con la de llevar adelante el dinamismo del derecho.

Con la función de legislar se busca entonces regular las actuaciones de la ciudadanía; por tal motivo el congreso es considerado personalmente como el principal responsable de una adecuada legislación y consecuentemente protector de que NO exista en el país un vacío jurídico que introduce a los ciudadanos en una incertidumbre e inseguridad jurídica en determinados casos, esto se ve hoy día reflejado respecto a la vida en pareja de las personas homosexuales, pues en numerosos intentos por propender por una regulación eficiente que conlleve a la satisfacción plena de derechos de todos los ciudadanos, ha quedado alcanzado al no poder conseguirlo ya que lo ha realizado de manera parcial, lo cual es evidente en la medida que le ha tocado a la Rama Judicial intervenir en las funciones de la Rama legislativa, debido a que por medio de sentencias de los Magistrados de la Corte Constitucional, determinan y ordenan ciertas medidas para proteger los derechos y garantías constitucionales de la ciudadanía colombiana sin importar su orientación sexual.

Por otro lado, ha sido muy marcada en razón a la misma ausencia de la rama legislativa, que como se resalto anteriormente es la que tiene la facultad y el poder de dictar las normas, pero ante su posición pasiva respecto de ciertos temas, la Rama Judicial se ha encargado de marcar su posición y hacerla efectiva mediante el cumplimiento e

implementación de los fallos de tutelas, el cual es el único medio judicial efectivo para hacer valido los derechos fundamentales y constitucionales consagrados a favor de la ciudadanía, es así entonces como se marca un choque entre las dos ramas del poder público del Estado Colombiano.

Es menester dejar claro que por una parte esta la pasividad y la omisión, y, por el otro se encuentra la pro actividad y el garantismo; para el colombiano común es algo muy positivo y bueno que se le estén haciendo efectivos sus derechos pero de trasfondo esto contiene un peso más profundo, ya que la idea de la separación de poderes es que este no se ostente en una sola “cabeza”, sino por el contrario que sea repartido, pero, precisamente a eso nos referimos cuando escribimos sobre el choque , ya que la rama judicial de una u otra manera está cumpliendo con la función de la rama legislativa.

Dicho de otra manera, es realmente preocupante el caso que se presenta con la Rama Legislativa , ya que las altas Cortes Nacionales han venido obrando como “legisladores auxiliares” que de una u otra forma han marcado el camino de entrada al reconocimiento más amplio de derechos, pues, en muchas ocasiones debido a la falta de acuerdo entre los senadores y representantes a la cámara que conforman los senados, se ha visto menguado la posibilidad de una amplia regulación y es por dicha razón que las altas cortes a través de sus sentencias de carácter vinculante, regulan de manera auxiliar los vacíos jurídicos que quedan abiertos por el no desarrollo legislativo.

1.7 Incidencia Internacional

Es un factor importante en esta discusión que hoy se plantea aquí, en razón a que es un punto de apoyo que funge para poder realizar un símil de la situación y tomar puntos que sirvan para llegar a realizar un avance significativo en cuanto a igualdad y dignidad se trata respecto a la problemática homosexual, por ende es válido observar las altas Cortes y Legisladores a nivel Internacional han dado exitosos progresos en búsqueda de la anterior mencionada satisfacción, ya que han buscado llenar sus lagunas normativas y de esta manera brindar soluciones a través de leyes que cumplan con los lineamientos que requieren la comunidad homosexual y así poder brindar opciones de vida.

Es por tanto que es considerado muy importante resaltar la lucha de los franceses ya que fue una batalla muy polarizada porque o bien se estaba a favor o en contra, no había lugar a un punto intermedio; el congreso, la ciudadanía y los sectores políticos tuvieron un sinnúmero de confrontaciones en las calles, el senado e inclusive por medios de comunicación donde utilizaban como banderas la igualdad por un lado y las sanas costumbres y lineamientos religiosos por otra, y así fue por un par de años hasta que a entre los años 2012 y 2013 se dio el paso a un proceso de sensibilización y aceptación de las libertades de las cuales gozan todas las personas, consiguiéndose la posibilidad de optar por un matrimonio y constitución de una familia y lo inherente a ello.

Solo este caso por destacar ya que cabria también mencionar los casos de Canadá, Uruguay, Estados Unidos, Sudáfrica e incluso Argentina por mencionar algunos, este

ultimo donde se ha venido implementando la opción de adoptar menores a parejas homosexuales legalmente constituidas, bien sea mediante un proceso judicial ante los jueces de familia argentinos, en el cual se le cede la custodia de un menor por parte de los padres naturales a la pareja gay, quedando entonces el menor bajo la tutela de la pareja.

1.8 Sustento Doctrinario

En una forma de recopilar lo anteriormente dicho y darle sustento a lo aquí argumentado, es trayendo a colación de una manera general sobre lo que algunos Doctrinantes han marcado un verdadero problema jurídico en cuanto a la proyección de lo planteado en el presente ensayo, ya que tratadistas como: Diana Carolina Pinzón - José Pedreira - J Patterson, entre otros tantos que sería largo enumerar aquí. (Revista del Centro de Investigaciones Socio jurídica, p 63)

Los cuales coinciden de una manera rotunda al afirmar que: la colectividad gay pasa por un momento muy crítico en la actualidad debido a razones de discriminación que por ende violentan derechos como la identidad de género, igualdad entre otros tantos constantemente vulnerados, pero en vista de ello se han presentado avances a nivel mundial en pro del reconocimiento de los derechos a las personas homosexuales, los cuales han sido validados en su mayoría por las altas Cortes, pero se han visto muy limitados en su aplicación debido al pensamiento de masa que aun reprochan y ven como inaceptables tales prácticas, es entonces así como conforma el problema jurídico ya que las parejas y personas homosexuales van en una tendiente al reconocimiento y validación efectiva de sus derechos

pero a un paso muy lento ya que en ciertos lugares se encuentra dificultades para la aplicación de los mismos.

Un ejemplo de ello es en Colombia, que a pesar de que la comunidad homosexual se le han reconocido derechos como el de la unión marital, constitución de sociedad patrimonial, derecho a heredar, a recibir pensión entre otros, aún falta algunos principales y de vital importancia para cumplir con la expectativa de vida de algunos como lo es el de la opción de adopción, entonces ante esta negativa se piensa que hay un choque sobre derechos, en este caso el interés superior del niño y el de las personas homosexuales por una vida digna, la igualdad, el de adoptar y constituir una familia nuclear, y es aquí donde la “tendencia” al reconocimiento de derechos se ve menguada.

1.9 Falencias Jurídicas.

En cuanto a la regulación efectiva de los derechos se presenta otra problemática, es decir, a pesar que se han proferido sentencias reconocedoras de derechos en favor de la comunidad LGBTI, no se ha conseguido una debida efectivizacion de derechos ya que aún siguen existiendo vacíos legales, un ejemplo claro de ello es en el caso de la constitución de familia, ya que como lo dispone la norma constitucional y la doctrina, la familia es constituida por una pareja y sus hijos (adoptados, procreados naturalmente o con asistencia científica), entonces es este el punto sobre el cual se denota un vacío jurídico, ya que la protección y garantías que se le brindan a las parejas homosexuales tienen su límite en la

instancia de los hijos ya que es en este punto donde específicamente el Estado Colombiano no se ha pronunciado aún.

Lo anterior nos conlleva a pensar sobre una precaria regulación efectiva de los derechos a la comunidad LGBTI y se toma como un punto de discusión.

Y como no atacar este hecho, pues se supone que si obra y actúa de acuerdo a la ley y que nada debe ir en contra vía de ella es invalido lo que se hace en la actualidad, dado que en razón al no existir una norma que imposibilite el ejercicio de determinadas acciones sería irrisorio el hecho de que se prohíba, pues como bien lo manda el principio de la permisión “lo que no está prohibido está permitido”

De igual manera pueden evidenciarse lagunas Jurídicas, las cuales son consideradas como la carencia o inexistencia, dentro de un ordenamiento jurídico dado, de una norma general específica en cuya regulación quede incluido un determinado caso planteado o planteable, y es con este punto que se lograría responder la pregunta planteada al inicio del escrito e incluso con uno de los objetivos, ya que es dable identificar donde es que esta ese vacío que no nos permite conseguir un consenso.

En si se podría hablar de todo el ordenamiento jurídico en cuanto al tema de familia se trata, pues es allí donde está delimitado este asunto en concreto, pero más específicamente hablando se podría descifrar esta situación y ubicarla en el contenido del artículo 42 de la constitución nacional que habla sobre la familia así también sobre el

artículo 113 del código civil y sin olvidar el artículo 22 del código de infancia y adolescencia que le brinda la posibilidad al menor de tener una familia y no ser separado de ella y del título XIII del código civil y normas concordantes que traten sobre la adopción.

Son estos los puntos principales sobre los cuales versan la problemática de los homosexuales, en síntesis, la opción de contraer matrimonio, constituir una familia que va en concordancia con la adopción, son estos los vacíos que tiene la legislación colombiana respecto a lo que debería estar legislando o mejor aun debió haber legislado hace rato ya, en razón a que no es un tema nuevo. Pero esto no sorprende e incluso ya de este punto se habló anteriormente en este mismo escrito, en razón a la falencia del dinamismo que va de la mano con la falencia jurídica la cual es directamente influenciada por la falencia social, todo esto no es más que un cúmulo de falencias que generan un detrimento en los valores y derechos no solo de una persona sino de una comunidad, de un colectivo, de un movimiento.

Ahora bien, la función para legislar radica en cabeza de la rama legislativa sin embargo no es esta la única que ha podido de alguna manera influir en el proceso pues debido a su posición pasiva las altas cortes han venido delimitando un camino por el cual seguro se conseguirá lo que por medio del congreso aún no.

Lastimosamente en Colombia no se goza de unanimidad de criterios, ya que existe un choque de conceptos entre la rama judicial en cabeza de la Corte Constitucional Colombiana y El Congreso de La Republica de Colombia, al no cumplir el senado con su

función de legislar, es la Corte Constitucional la que está creando el derrotero que imparte las directrices en cuanto a temas neurálgicos y demasiado importantes que afectan directamente al colectivo gay.

Para ser más precisos se cita este claro ejemplo: cuando la Corte Constitucional ordenó al congreso que si no legislaba como máximo al 20 de junio del 2013 sobre el matrimonio gay, sería entonces obligatorio implementarlo por mandato constitucional, al llegar a dicha fecha, el congreso no legisló, y es aquí donde se denota que el la rama legislativa no camina de la mano con sus diversos estamentos, omitiendo así el mandato constitucional que le asiste para ello.

Lo anterior se puede constatar incluso en lo dicho por el artículo publicado por la periodista Jinet Prieto:

Así las cosas, por un lado el senador Armando Benedetti, ponente del proyecto de ley que busca reglamentar las uniones entre parejas homosexuales, ha asegurado que así el Congreso no alcance a legislar, ninguna pareja gay podrá contraer matrimonio; no obstante, y contrario a eso, el superintendente de Notariado y Registro, Jorge Enrique Vélez, ha señalado que los notarios deben acatar la sentencia (Vanguardia 2014).

Es por esto entonces que es dable pensar realmente quien es el que tiene la última palabra y hasta dónde va la supuesta división de poderes, queda entonces abierto el cuestionamiento pues es algo que inevitablemente se debe pensar ya que tiene incidencia directa sobre lo aquí tratado.

2. CONCLUSION

Son evidentes las falencias en la jurisprudencia colombiana con respecto al concepto de familia, matrimonio, y adopción, más aun cuando tales conceptos desean alinearse con la posibilidad de constitución familiar homoparental.

Realmente no se puede llegar al trasfondo del asunto, ya que en la actualidad las opiniones con respecto a la homosexualidad y la unión matrimonial y adopción entre parejas del mismo sexo continúan siendo divididas e incluso consideradas un tabú.

Cabe resaltar que el tema de las familias homoparentales continuamente se está tratando y actualizando, es decir, este es un punto que tarde o temprano se tendrá que agotar en cuanto a reconocimiento y efectivización de derechos se refiere; sin embargo, para lograrlo se debe consensar las opiniones o en ocasiones imposiciones de las instituciones, comunidades como la iglesia católica, el actual procurador general de la nación “Alejandro Ordoñez”, Corporaciones, Fundaciones, la ciudadanía, el gobierno nacional, además de la voluntad política de los senadores y representantes a la cámara que estén de turno, pues son todos estos los que han figurado principalmente en esta batalla, unos a favor y otros en contra y queda muchos más que claro que para lograr avances se tiene que tener más adeptos a favor que en contra posición

En un mundo de contraposiciones y poderes sería muy grato lograr un trabajo conjunto direccionado a lograr un cometido, e incluso se diera lo que el preámbulo de la proclamación de los derechos humanos que de manera concreta dice:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”(ONU)

Caminos para lograr la igualdad y la equidad hay muchos pero en si solo se podría alcanzar a través de valores como la hermandad, la ayuda mutua y la solidaridad que den pasos agigantados a lograr una sociedad con equidad e igualdad donde no se vivan flagelos ni discriminaciones de ninguna índole.

No queda más que hacer un llamado a toda la sociedad para que juntos pueda lograr el progreso, porque desde puntos como este se logra llegar a una comunidad más incluyente y pensante que piense en el otro como en el yo, donde se respeten los derechos y las individualidades y de esta forma obtener una vida digna.

No es válido para algunos seguir argumentando las sanas costumbres y la ética como fundamento para rechazar e impedir el reconocimiento de los derechos que son pedidos a través de la exigencia de la igualdad y la equidad fomentada por tendencias internacionales que han brindado punto de apoyo en esta lucha.

Siendo así las cosas queda abierto el camino para que cada uno de los colombianos construya un pensamiento y una posición frente a lo que puede ser una Colombia mejor.

BIBLIOGRAFÍA

CADAVID ORREGO, Marcela. Conferencia, auditorio unaula, mayo 2010: La Adopción De Menores Por Parejas Homosexuales, Desde La Óptica De La Psicología

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Código Civil Colombiano, Artículo 113.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, Artículo 42: la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Proyecto de ley número 47 de 2012 Senado, por medio de la cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-098 de 1996; M.G. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-075 de 2007, M.G Rodrigo Escobar Gil

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-814 de 2001; M.G Marco Gerardo Monroy Cabra.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS – ONU. Declaración Universal de Derechos

Humanos, Preámbulo.

SERRANO, Salvador. Psicología y familia; editorial caritas española, Pág. 225

WEBGRAFIA

Código infancia y adolescencia. Disponible en:

<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Especiales/SRPA/CIyA-Ley-1098-de-2006.pdf>

En qué países es legal el matrimonio y la adopción. Disponible en:

<http://contrapunto.co/index.php?module=nota&i=501-en-que-paises-es-legal-el-matrimonio-y-la-adopcion>

Polaino Lorente, Aquilino Las razones de un "no" a la adopción por homosexuales.

Disponible en: <http://www.arbil.org/100aquil.htm>

Qué pasará si el congreso no legisla el matrimonio gay. Disponible

en:<http://www.vanguardia.com/actualidad/politica/202338-que-pasara-si-el-congreso-no-legisla-el-matrimonio-gay-antes-del-20-de-jul> el 20 de Abril de 2014 a las 2:30pm

Revista del centro de investigaciones socio jurídica vol. 28 No.59; children of lesbian and

gay parents. child development/1992 pág 63. Disponible en:

<http://www.inisoc.org/73pemasas.htm> , última visita junio 16 de 2014. 1-28pm