

**NEGATIVA DE ADOPCIÓN PARA PAREJAS HOMOAFECTIVAS<sup>1</sup>. UN TEMA  
YA VALORADO AFIRMATIVAMENTE POR LA CORTE EN 3 CASOS  
ESPECÍFICOS**

**MONOGRAFÍA PARA OPTAR  
POR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**ASESOR:**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA - UNAULA**

**MEDELLÍN - 2016**

---

<sup>1</sup> Por "*homoafectivo*", se entienden los lazos afectivos entre personas del mismo sexo; este término fue acuñado por María Berenice Días, jurista Brasileña, para los años 90, en diferentes ponencias sobre derecho de familia en Asociación Brasileña de las Mujeres de Carrera Jurídica.

## **1. ELEMENTOS GENERALES**

- 1.1. TEMA:** desarrollo jurisprudencial en el marco de los derechos constitucionales de la comunidad LGTB y derecho superior del Menor.
- 1.2. ÁREA:** Derecho Constitucional.
- 1.3. LUGAR DE DESARROLLO DEL PROYECTO:** Colombia

## **2. TITULO: NEGATIVA DE ADOPCIÓN PARA PAREJAS HOMOAFECTIVAS. UN TEMA YA VALORADO AFIRMATIVAMENTE POR LA CORTE EN 3 CASOS ESPECÍFICOS**

## **3. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

Ante una sociedad en constante cambio, la apertura de las mentalidades hacia nuevas formas de conformación de las instituciones establecidas por la costumbre, es de vital importancia, ya que permite el desarrollo de los derechos individuales y colectivos. El caso de la familia dentro de la sociedad, es uno de los estamentos que deben ser nuevamente valorados, entendiendo que las normativas clásicas que han regido la formación, constitución y resguardo de la familia, han estado sustentadas en un modelo generado por la costumbre y que en la actualidad, la práctica demuestra que es un modelo no incluyente. Así las cosas, la conformación de núcleos familiares nuevos, por parte de parejas del

mismo sexo, denominadas como homoafectivas impuso nuevos retos a la jurisprudencia, en tanto, desde hace unos años se vienen reclamando, con mayor ahínco, iguales derechos para estas parejas respecto de los ostentados por las heteroafectivas. Después de valorar si podían constituir familia, si tenían los mismos derechos patrimoniales, si podían tener igualdad ante la ley, la apuesta de las parejas homoafectivas ha sido, en la actualidad, solicitar derechos adoptivos sobre menores para constituirse como padres en terrenos de su dignidad y derecho al núcleo familiar. Estas solicitudes han generado amplios debates dentro del mundo jurídico, religioso y académico y en las instancias de las altas Cortes planteamientos a favor y en contra que ha desembocado en la pasada resolución de la Corte por no contestar de manera directa sobre la adopción homoparental.

En esta órbita, en la actualidad, se entiende que aun cuando los núcleos familiares conformados por personas del mismo sexo tienen igualdad jurídica y patrimonial frente a las familias heterosexuales, no les es permitida la adopción de menores. Existe, en trámite demanda presentada por la Universidad de Medellín, para revalorar la situación de la adopción, en este punto exaltando la situación de abandono de los menores en el país, la transgresión a sus derechos en tanto necesidad de familia, y la preponderancia que el interés superior,

atribuido a la los menores de manera nacional e internacional, debe tener para la toma de decisiones de las Cortes en este sentido.

La situación de los menores en el país, permite determinar que su interés superior debe ser resguardado permitiendo que éstos sean adoptados por familias que, guardando todos los requisitos legales, quieran darles una familia, educación, vivienda digna y demás. La negativa de la Corte de permitir la adopción homoparental, se ha visto resquebrajada en tres puntos particulares en los cuales ha permitido la adopción de menores en un ambiente homoparental; así las cosas, el estudio de estos casos es de vital importancia para dar luces en el agudo problema entre la apertura socio-jurídica y los intereses superiores de los menores.

#### **4. PREGUNTA PROBLEMA:**

- ¿Cuáles han sido las razones de la Corte Constitucional para aceptar la adopción de menores en un núcleo familiar homoparental, con base en las sentencias C-577/11, T-276 de 2012 y SU 617 de 2014; toda vez que no es posible que, de manera general, las parejas conformadas por personas del mismo sexo puedan adoptar legalmente?

## 5. JUSTIFICACIÓN

La obligación de protección que radicada en cabeza del Estado implica un trato igual para todas las personas que desarrollan su actividad vital en el territorio colombiano; éste es un aspecto que obliga nacional e internacionalmente a las instancias gubernamentales al desarrollo de políticas claras y acciones nuevas para grupos poblacionales que históricamente se han visto relegados al silencio. Por ello la evaluación del desarrollo constitucional mediante las decisiones jurisprudenciales permite determinar cuan claras y modernas son las argumentaciones y postulados que conforman las normas y rigen el Estado y la adecuación de las mismas a los requerimientos y retos que impone la sociedad moderna.

El caso de la adopción homoparental permite determinar hasta qué punto, las decisiones jurídicas siguen, en el siglo XXI, siendo influenciadas por concepciones morales o religiosas, cuando el avance nacional e internacional pide y manda a las naciones proteger derechos fundamentales y humanos como la familia, la dignidad, la igualdad y el interés superior de los menores. Colombia aún se encuentra en una encrucijada y debe decidir si acepta o no la adopción de parejas del mismo sexo, pero esta valoración, debe entenderse desde la esfera constitucional, pues las valoraciones a priori de carácter moralizante,

transgreden las posibilidades de afecto, vivienda, compañía, educación, es decir, de vida digna de los menores que, en un estado de abandono, requieren de manera urgente una familia, bien sea conformada por personas del mismo o de distinto sexo.

La evaluación de las acciones constitucionales es de vital importancia dentro del mundo académico, de manera que se llegue a una comprensión respecto de cuáles son las razones por las cuales se niega o se acepta la entrega de una garantía constitucional, de esta manera, la Corte ha establecido tres puntos de vista distintos sobre la posibilidad de adopción homoparental en casos particulares ya fallados, el análisis de los mismos permite nuevas visiones y posibles alternativas sobre un tema que, aún hoy, no encuentra resolución satisfactoria.

## **6. OBJETIVOS**

### **6.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar cuáles han sido las razones de la Corte Constitucional para aceptar la adopción de menores en un núcleo familiar homoparental, con base en las sentencias C-577/11, T-276 de 2012 y SU 617 de 2014; toda vez que no

es posible que, de manera general, las parejas conformadas por personas del mismo sexo puedan adoptar legalmente.

## **6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

1. Indagar en los antecedentes constitucionales que brindan garantía y desarrollo de los derechos de las parejas homoafectivas.
2. Evaluar las sentencias C-577/11, T-276 de 2012 y SU 617 de 2014 a la luz de sus razones para permitir en esos casos particulares la adopción homoparental.
3. Esbozar las implicaciones del desarrollo jurisprudencial de las sentencias C-577/11, T-276 de 2012 y SU 617 de 2014, a la luz de la solicitud general de adopción por parte de familias homoparentales.

## **7. MARCO TEÓRICO**

El análisis que a continuación se desarrollará tiene como marco teórico la Norma Constitucional colombiana, mediante los señalamientos que recogen tres puntos fundamentales, a saber: interés superior del menor, adopción y derechos de la comunidad LGTB; asimismo, la normativa legal que, respecto de estos puntos ha desarrollado el linderero en el cual la actual sociedad

colombiana debe decidir un tema tan complejo como la adopción homoparental. Asimismo, la base de este estudio es que, teniendo en cuenta el pasado pronunciamiento de la Corte que no le dio vial libre a la adopción de parejas del mismo sexo, sí había regulado en tres casos específicos: A. La garantía de las parejas homoafectivas y su igualdad ante la ley en materia de derechos patrimoniales y familiares; B. Un caso específico en el cual una persona extranjera, abiertamente homosexual se le entrega en adopción una pareja de hermanos permitiendo entender que, a las personas nacionales o extranjeras se les permite la adopción de menores, siempre y cuando cumplan con el lleno de requisitos legales, sin importar su inclinación afectiva o sexual y; C. El consentimiento por parte de la Corte en los casos de adopción en familias homoparentales siempre y cuando uno de los compañeros sea el padre biológico del menor a quien se desea adoptar. Las sentencias que se refieren a los puntos señalados se describen a continuación:

- Sentencia C-577/11

En esta sentencia la Corte hace un despliegue tanto del concepto de familia, en sentido amplio, entendiendo los nuevos cambios culturales de la sociedad colombiana y la necesidad de reconocimiento de las familias homoafectivas;



asimismo, señala el interés superior del menor, los derechos de las parejas de la comunidad LGTBI y su resguardo constitucional.

“La adopción tiene, “una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo”, en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que “establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral”.

“La Corte ha indicado que, siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, los distintos Estados han advertido la necesidad de dotarla de un sustrato material que le permitiera satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarrollarse sin traumatismos” y, de igual modo, “han advertido la necesidad de brindarle una protección jurídica preferente”, una de cuyas formas es el amparo de su patrimonio, mientras que otras consisten en el establecimiento de “la igualdad de derechos

entre hombres y mujeres”, en la consideración especial de los niños “como titulares de derechos fundamentales” o en el suministro de “especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad”.

“El carácter institucional de la familia y la protección que, en razón de él, se le dispensa tienen manifestación adicional en la regulación que el Constituyente confió de manera primordial a la ley, encargada, por ejemplo, de desarrollar lo concerniente a la primogenitura responsable y, en lo atinente al matrimonio, de establecer sus formas, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, puesto que “aun cuando el texto superior le confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia, no por ello deja a su total arbitrio la consolidación de la misma, pues en todo caso somete su constitución a determinadas condiciones, a fin de otorgarle reconocimiento, validez y oponibilidad a la unión familiar”.

“En la jurisprudencia de la Corte se advierte, ante todo, una consideración referente a la persona individual del homosexual. A fin de evitar el recuento de las transformaciones legales que en sucesivos pasos condujeron, por ejemplo, a la descriminalización de la homosexualidad, la Sala considera suficiente realizar el análisis desde la perspectiva

constitucional recogida en distintas sentencias proferidas por la Corporación y al respecto reitera que desde el punto de vista eminentemente personal se ha estimado que “la conducta y el comportamiento homosexuales tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas”. A juicio de la Corte, del núcleo esencial de los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo, respectivamente contemplados en los artículos 14 y 16 de la Carta, forma parte la autodeterminación sexual que comprende “el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad”, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, “que no causa daño a terceros” y que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el artículo 2º superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia. Pero también la jurisprudencia se ha aproximado a la homosexualidad desde la perspectiva del grupo situado en posición minoritaria y, además, sometido, en su condición de colectivo, a prejuicios fóbicos y a “falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales”.

“Aun cuando la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el

comportamiento homosexual”, le está vedado a la ley “prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo”, porque el derecho fundamental a la libre opción sexual impide “imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria”, ya que el campo sobre el cual recaen las decisiones políticas del Estado no puede ser aquel “en el que los miembros de la comunidad no están obligados a coincidir como ocurre con la materia sexual, salvo que se quiera edificar la razón mayoritaria sobre el injustificado e ilegítimo recorte de la personalidad, libertad, autonomía e intimidad de algunos de sus miembros”. En esta dirección se ha concluido que el principio democrático no puede avalar “un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría” y que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría”. Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, “puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual,

“una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”.

Doctrinariamente y en la práctica del control de constitucionalidad adelantado por esta colegiatura se ha aceptado que, cuando las circunstancias lo permiten, ciertos supuestos de omisión relativa e inconstitucional puedan ser superados mediante la analogía, demostración de lo cual se halla en las Sentencias C-075 de 2007 y C-029 de 2009 que, en forma por demás recurrente, se refieren al carácter “asimilable” de las situaciones concretas y amplían la protección, siempre y cuando “en relación con cada una de las disposiciones demandadas, la situación de las parejas heterosexuales y homosexuales es asimilable”, caso en el cual la diferencia de trato resulta del “carácter restrictivo que, en general, tienen las expresiones compañero o compañera permanente”. Ha de repararse en que el carácter analogizable al que se refieren los demandantes se ha presentado en situaciones concretas, delimitadas por los supuestos normativos previamente proporcionados por el legislador y que, precisamente, la protección de la Corte se ha concedido respecto de específicos beneficios, prestaciones o cargas que el legislador, de manera restrictiva, reservó a las parejas heterosexuales que conforman una unión de hecho, debido a lo cual bastó con extender el demarcado ámbito de

protección con la finalidad de que también cobijara a las parejas homosexuales.

“Doctrinariamente se ha destacado que el recurso a la analogía es de gran utilidad cuando el juez constitucional enfrenta cuestiones en las que normalmente hay un amplio desacuerdo en la sociedad plural y se encuentran involucradas disputas de profunda índole moral, pues limitándose a extender a otras personas o grupos el ámbito de los cobijados por alguna medida específica, da una respuesta basada en lo que el legislador ha dispuesto en relación con un caso asimilable a la situación concreta no prevista en el respectivo precepto, manteniéndose dentro del ámbito de sus competencias, con total respeto por la facultad configurativa del legislador, cuyas competencias no resultan invadidas por la sentencia constitucional. La bondad de la analogía radica en que, no obstante las disputas y desacuerdos entre distintos grupos y personas, es posible ponerse de acuerdo en una regla, pero esa regla tiene que ser concreta para sustraer al juez de las altas discusiones filosóficas o morales y permitirle decidir sobre temas complejos con un grado bajo de abstracción, basado en las reglas específicas y en las condiciones particulares de los casos que, a partir del derecho a la igualdad, permitan dilucidar cuáles situaciones deben ser tratadas de manera igual y cuáles

de manera diferente, en forma tal que las grandes y profundas discrepancias se surtan y tengan su trámite en los foros de deliberación democrática.”

- Sentencia T-276 de 2012

Esta sentencia permite analizar el caso específico en el cual un adoptante extranjero manifiesta, después de realizado y legalizado el proceso de adopción, su inclinación sexual y el proceso del ICBF se reanuda solicitando impedirle la entrega de sus hijos adoptivos. La Corte valora el derecho de los menores a la familia y a la estabilidad, al tiempo que hace un repaso sobre los trámites versus derechos constitucionales del proceso de adopción.

“La adopción de medidas de restablecimiento debe responder a una lógica de graduación, según la cual, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; de modo la decisión debe sujetarse al principio de proporcionalidad. Además, cuando tales medidas impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales, y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas. No obstante, en este caso la Sala advierte que la Defensora de Familia, resolvió adoptar una de las medias de restablecimiento más drásticas -pues la ubicación en hogar

sustituto conlleva la ruptura del núcleo familiar, sin que existiera evidencia de una amenaza de tal magnitud que la justificara. En efecto, en el expediente solamente obra prueba de que los niños AAA y BBB estaban alterados emocionalmente al momento de adopción de la medida de restablecimiento (pero, como se concluyó en apartes anteriores, tal afectación provino precisamente de su separación de XXX); sin embargo, la Defensora, sin contar con evidencia más amplia y, en particular, sin pruebas de que los niños peligraban al lado de XXX, resolvió ubicarlos en hogar sustituto. La ubicación en hogar sustituto, de conformidad con el artículo 52 del Código de Infancia y Adolescencia, consiste en “(...) la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.”

“Esta medida debe decretarse por el menor tiempo posible, sin que pueda exceder los seis meses, prorrogables por otras seis con causa justificada y previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del ICBF. Como se puede apreciar, es una medida de restablecimiento drástica, pues significa la separación del niño de su ambiente familiar y su traslado a una casa desconocida. Por esta razón, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, debe emplearse cuando existe evidencia de una amenaza o vulneración grave de los derechos de los niños. En este caso, no existía dicho tipo de evidencia, por el contrario, los dictámenes



de los profesionales del ICBF mostraron que los niños estaban en buen estado físico y que su alteración emocional provino de la separación de XXX y la interrupción de su proyecto de conformar una familia con él. En este orden de ideas, la medida, si bien pudo perseguir un fin importante, no era necesaria –podría haberse adoptado otra de las medida reseñadas en el Código- y sí implicó un sacrificio excesivo de los derechos de XXX y sus hijos. Por tanto, la Sala concluye que la decisión de la Defensora fue desproporcionada.

- Sentencia SU 617 de 2014

Esta sentencia será valorada por ser el caso específico en el que, por primera vez, se permite la adopción en parejas homoparentales siempre y cuando uno de ellos sea el padre biológico del menor. La sentencia de unificación permitirá valorar cuáles son las razones de la Corte para permitir que un menor crezca en ambiente homoparental así en los demás casos no lo haya permitido. En la misma órbita, se valorará la posibilidad de la adopción de los menores, a tener un nombre y una familia y a ser escuchados y tratados conforme a sus requerimientos superiores.

## 8. DISEÑO METODOLÓGICO

### 8.1. Enfoque epistemológico

Toda investigación debe iniciar con un señalamiento sobre la dirección que deben tomar los autores para llegar a la finalidad de estudio determinada. El enfoque a utilizar dentro de la presente investigación es el indicado por el teórico Jürgen Habermas. Ello, se debe a la afinidad teórica con el autor, pues acierta en que la ciencia se rige por intereses, buscando liberar al ser humano de sus ataduras. Por esta razón, en la modernidad toda forma particular de investigación se rige por algún interés, que puede ser, técnico, práctico o emancipatorio.

El interés Técnico, es propio de las ciencias empírico analíticas, en donde según Habermas se busca dominar la naturaleza, estas son acciones instrumentales que “obedecen a reglas técnicas basadas en un saber empírico. Estas implican un pronóstico-establecido a partir, de hechos observables tanto físicos como sociales que pueden mostrarse como bien fundados o como falsos”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. *Conocimiento e interés*. Traducción de G. Hoyos Vásquez, Valencia: Universidad de Valencia, 1995. P. 68

De otro lado surge el interés práctico de la ciencia, propio de las investigaciones Histórico hermenéuticas, que tiene como base fundamental las relaciones socio culturales del ser humano, y por tanto la comunicación y comprensión hermenéutica. Y finalmente está el interés emancipatorio, propio de las ciencias crítico sociales, que busca crear un cambio social y emancipar al hombre de “las objetivaciones sociales, de la represión de la propia naturaleza y de la dependencia de la naturaleza externa”<sup>3</sup>

La presente investigación se hará teniendo como interés el práctico, propio de las ciencias Histórico Hermenéuticas; ya que es necesario recurrir a una valoración sobre los nuevos cambios que pide la sociedad actual, los derechos de los menores, y las decisiones de las altas Cortes respecto de la adopción homoparental.

## **8.2. Enfoque metodológico**

El enfoque en proceso es hermenéutico pues, se intentará interpretar y comprender un fenómeno social y jurídico de gran transcendencia. La hermenéutica busca entregarle validez al acto del investigador social, en tanto

---

<sup>3</sup> Ibíd.

entiende que la sociedad no es susceptible de mediciones, sino, en cambio, de interpretaciones, las cuales requieren un estudio concienzudo pero deben pasar por un proceso hermenéutico que permita describir los fenómenos en estudio. Así las cosas, se busca comprender el tema de la adopción homoparental a través del estudio jurisprudencial. Por ello, la investigación se centra en el estudio de 3 dictámenes jurisprudenciales, buscando darle un sentido propio al análisis y propendiendo por aportar discusiones nuevas al debate en materia constitucional.

Así que ello solo podía abordarse desde una metodología híbrida, o la investigación desde métodos combinados. Se parte del supuesto de que esta época ya superó el viejo dilema de cualitativo o cuantitativo (Cerdá Gutiérrez, 1993), por lo que no tiene sentido dividir desde esas perspectivas, al proceso investigativo. Además, como lo afirma Páramo (2006)

(...)Todos los datos cuantitativos se basan en juicios cualitativos y cualquier dato cualitativo puede describirse y manipularse matemáticamente. La información cualitativa puede convertirse además en cuantitativa y al hacerlo mejoramos el análisis de la información. Los dos tipos de técnicas se necesitan mutuamente en la mayoría de las veces, aunque también se reconoce que las técnicas cualitativas son apropiadas para responder ciertas preguntas y las cuantitativas para otras. Por otra parte, la interpretación de los datos es siempre cualitativa, así se tengan datos numéricos o estadísticos, y lo cualitativo no existe en esencia, en la

medida en que la información recolectada igualmente debe ser categorizada de alguna manera para su interpretación y, allí, la separación entre hechos y juicios valorativos resulta un artificio simplista (p. 4)

Por tanto, ya no tiene sentido suponer que una investigación es cuali o cuantitativa. Todo proceso investigativo conduce a manipular datos que pueden ser cuantificados o darles un tratamiento eminentemente reflexivo donde lo que surja sea la perspectiva del autor.

En el mismo sentido, Reichardt y Cook (1986) son de la idea que se acabó el momento de poner muros entre los métodos, y en vez de ello proponen poner puentes. Nominallos como cualitativos o cuantitativos sólo trae polarizaciones que conducen a ortodoxismos.

Ahora bien, reconociendo la necesidad de usar metodologías híbridas, esta investigación se la jugó con un enfoque investigativo hermenéutico: se deben interpretar normas, principios, afirmaciones de jueces, para generar comprensión. Como lo afirma Habermas,

(...)La investigación hermenéutica de la realidad sólo es posible bajo el interés determinante de conservar y ampliar la intersubjetividad en la comprensión orientadora de posibles acciones. La comprensión de sentido se orienta pues,

según su estructura, al posible consenso de aquellos que obran en el contexto de una auto-comprensión de la tradición (1982, p. 69)

Cuando el investigador se introduce en el mundo de la interpretación, las teorías y las descripciones sólo son el medio para la comprensión, acto subjetivo que se produce porque se comparte un mismo mundo simbólico. Salcedo y otros lo dejan claro cuando anotan que (2011: 26):

(...) La comprensión penetra en las manifestaciones del otro por medio de una transposición surgida de la plenitud de las vivencias propias de cada uno. Elaboran una “retraducción” de las objetivaciones mentales en la vivencia reproductiva. Lo que en las ciencias empíricas era el control sistemático de hipótesis, es reemplazado en este tipo de ciencias por la interpretación de textos. Las reglas de la hermenéutica determinan por tanto el sentido posible de las proposiciones de estas ciencias.

Es en esa medida que puede afirmarse que quien emprenda una labor hermenéutica, como enfoque de un trabajo investigativo, deberá intentar comprender los textos a partir del ejercicio interpretativo intencional y contextual. Es un ejercicio que implica traspasar las fronteras contenidas en la física de la palabra (Cárcamo, 2005) para lograr captar un sentido. Esto conduce, y hacemos eco de Gadamer (1999), “A reconocer la importancia de las pre-comprensiones

que nos proporciona el mundo contextual o socio-cultural en el cual nos desenvolvemos. Es con esas ideas previas que tenemos y que fueron construidas en el mundo compartido por la cultura, con las que enfrentamos el nuevo dato. Sin esas pre-comprensiones, no podríamos interpretar nada ni llegar a comprensiones nuevas.”

### **8.3. LA MUESTRA**

#### **UNIDAD DE ANÁLISIS:**

Sentencias Corte Constitucional respecto de la adopción Homoparental,  
Constitución, normas internacionales sobre interés superior del menor

#### **MUESTRA:**

3 sentencias particularizadas: C-577/11, T-276 de 2012 y SU 617 de 2014

### **8.4. RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN:**

Por tratarse de una investigación cualitativa, de corte histórico hermenéutico se hará un estudio teórico, en donde se recolectará la información por medio de un

fichaje jurisprudencial de las sentencias señaladas y las diferentes concepciones del tema a investigar que pueden encontrarse en los diferentes materiales doctrinales.

## **9. HALLAZGOS DE INVESTIGACIÓN**

### **9.1. Esbozo para un reconocimiento de los derechos de las parejas homoafectivas.**

La palabra homoafectiva, es un término que surge en la doctrina de Brasil, encaminada a concebir que en la unión de dos personas del mismo sexo no prima, con exclusividad, el encuentro sexual, sino que se establecen lazos afectivos que deben ser valorados bajo el mismo criterio de igualdad de las parejas heteroafectivas. Esta denominación surge como en su momento se acudió a la denominación de la comunidad LGTB para los años 90, intentando propender por una generalización que hiciera mayor el colectivo que propugnaba por dignidad e igualdad: “es preciso ilustrar que es una sigla que se encuentra en uso desde los años 90 y corresponde a una extensión de la expresión LGB, que a su vez había reemplazado a la voz “comunidad *gay*” que muchos homosexuales, bisexuales y transexuales sentían que no les representaba



adecuadamente (...) En su orden la sigla hace alusión al grupo conformado por lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas.” (Mejía, 2010, 79).

La comunidad LGTB buscó, además del reconocimiento por la igualdad, una asimilación de sus derechos a los de las parejas de distinto sexo, este camino empieza a recorrerse en Alemania con diversos actos que, posteriormente, darán pie al reconocimiento internacional de la necesidad de protección a los derechos humanos para la comunidad LGTB: “En la Alemania del siglo XIX Karl Heinrich Ulrichs, hombre de leyes y de estudios sociales, dio a conocer por los años 1860 una serie de publicaciones que intentaban poner en discusión los tratos segregacionistas hacia quienes experimentaban condiciones homoeróticas.” (Mejía, 2010, 102) Aunque la publicación de este humanista no fue bien recibida en su época sí abrió el panorama para todas aquellas personas que por años se vieron presionadas, humilladas, y ajenas a la protección estatal.

Fue posteriormente, para 1897 que se fundó en Alemania el Comité Científico Humanitario: “(Wissenschaftlich-humanitäres Komitee) con el objetivo de procurar la defensa de los derechos de las personas homoeróticas y buscaba además la abolición del Artículo 175 de la ley penal alemana, que criminalizaba las relaciones homosexuales.” (Mejía, 2010, 80) Sin embargo, esta proclama no pudo ser desarrollada sino posterior al decaimiento del nazismo; fecha en la que

se inició un boom de actividades en varios países respecto del reconocimiento y protección de los derechos para la comunidad LGTB.

Concluyendo los años 60, surgieron con más frecuencia movimientos que tuvieron por finalidad visibilizar los daños patrimoniales, personales y sociales que sufrían las personas homosexuales en razón a su orientación sexual: “El movimiento Stonewall de Estados Unidos en 1969, tiene varias particularidades: es visibilizante, trata que se propicien reformas en las legislaciones que discriminan y criminalizan a personas homosexuales y genera un reconocimiento de la propia identidad, la identidad *gay* y lesbiana, que afecta las dimensiones personales y sociales.” (Mejía, 2010, 92) La identidad y el reconocimiento de derechos iguales respecto del estado civil, la familia, los derechos a la salud y al patrimonio no se hacen esperar. Por ello para la actualidad las legislaciones se encuentran frente a un importante debate respecto de los derechos que deben reconocérseles a estas personas y sobre las implicaciones sobre la sociedad futura respecto de la conformación del núcleo familiar para personas del mismo sexo.

En Colombia, el reconocimiento de estos derechos ha sido gradual y lento, ya que en el desarrollo de las relaciones sociales es más frecuente que haya una apertura a la aceptación de este tipo de parejas, pero la norma, sigue tendiendo al impedimento para el ejercicio de los derechos de la Comunidad LGTB. En los

últimos años se ha reconocido el carácter patrimonial y de resguardo constitucional de las parejas homoafectivas; sin embargo, ahora, estas parejas buscan les sean reconocidos sus derechos a la familia en los mismos términos que para las heteroafectivas; hay que decir que la Corte ha sido tibia con este asunto, en igual sentido el legislador; y aunque actualmente se dictó fallo en el cual el máximo tribunal señala encontrarse inhibido para fallar al respecto, si existen algunos pronunciamiento reales por parte de este tribunal que permiten abrir brechas a nuevas posibilidades de familia dentro del miramiento jurídico del país.

Con la finalidad de llegar al cumplimiento del objetivo general propuesto, se realizó estudio de las sentencias indicadas, de manera que se pudiera valorar el factor diferenciador que permitiera comprender cuáles fueron las razones para que la Corte Constitucional, en los tres casos específicos señalados brindara protección o a la igualdad de la conformación de parejas homoafectivas, o al interés superior del menor o actuara bajo la equidad analógica de casos similares. Los resultados encontrados sobre cada caso específico se describen a continuación.

**9.2.** Razones de la Corte para la adopción por parte de parejas homoafectivas.

- Sentencia C-577/11: El carácter asimilable de las situaciones concretas.

Esta sentencia es de vital importancia para el reconocimiento de los derechos de las parejas homoafectivas, en tanto la razón fundante de la aceptación en el carácter asimilable de las situaciones concretas, es decir un criterio de valoración que toma la norma superior pero focaliza el caso particular, de manera que se actúe de manera analógica en dos casos con similares hechos. En materia de uniones homoafectivas la Corte inicia su intervención señalando que: “Aun cuando “la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual”, le está vedado a la ley “prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo” esta consideración hace hincapié en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad y de la elección de lazos afectivos particulares.

Prosigue su intervención manifestando que ya han sido reconocidos, para los grupos LGTBI, derechos propios de la familia, como tradicionalmente se ha

entendido, y por tanto existe amparo para el disfrute de las prerrogativas patrimoniales; es necesario considerar que, aun cuando la normativa del país sigue entendiendo la familia como el grupo constituido por dos personas de diferente sexo; la Corte ha señalado que la familia ha adoptado nuevos virajes y que los núcleos familiares son en la actualidad estrechas uniones de personas diversas conformadas por diferentes tipos de parientes y, como en el caso de la adopción, de personas que no tienen la misma filiación, pero que conviven con el ánimo de construir afectividad y solidaridad. En este sentido, es apenas lógico que a las uniones conformadas por parejas del mismo sexo no se le impida el disfrute de los resguardos constitucionales a la familia, cuando menos respecto de los derechos a la intimidad y patrimonio.

El reconocimiento de los derechos patrimoniales de las parejas homoafectivas, se consagró mediante Sentencia C-075 de 2007, en la cual la Corporación consignó que estas parejas “plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual”, que la necesidad de reconocimiento jurídico de la pareja homosexual en esa oportunidad se manifestaba “en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre los integrantes” y que la falta de reconocimiento atentaba contra la dignidad de los integrantes de la pareja, lesionaba su autonomía y capacidad de autodeterminación “al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida produzca efectos jurídicos patrimoniales”

Sin embargo, la Corte ha sido tibia en el reconocimiento abierto de los derechos y de la conformación familiar de estas parejas, los avances han sido gota a gota, y por tanto no existe un amparo concreto en materia de asimilación de estas parejas a la idea de familia; aun cuando esto genera incertidumbre jurídica en la actualidad, la Corte ha decidido en esta sentencia valorar los casos concretos para dar un trato igualitario que impida el menoscabo de los derechos de las personas. “Existen “diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y otras”, por lo cual, “es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria”. Por ello indica que es menester obrar conforme al criterio de la analogía que aunque no ha sido, en algunos momentos bien valorado, permite un acercamiento a la igualdad:

Doctrinariamente se ha destacado que el recurso a la analogía es de gran utilidad cuando el juez constitucional enfrenta cuestiones en las que normalmente hay un amplio desacuerdo en la sociedad plural y se encuentran involucradas disputas de profunda índole moral, pues limitándose a extender a otras personas o grupos el ámbito de los cobijados por alguna medida específica, da una respuesta basada en lo que el legislador ha dispuesto en relación con un caso asimilable a la situación concreta no prevista en el respectivo precepto, manteniéndose

dentro del ámbito de sus competencias, con total respeto por la facultad configurativa del legislador, cuyas competencias no resultan invadidas por la sentencia constitucional.

Haciendo esta salvedad, utiliza la analogía para manifestar que los hijos pueden ser entendidos como matrimoniales, extramatrimoniales u adoptivos, que también corresponden a los hijos de crianza, ya que el concepto de familia debe cambiar y ser plural dentro de una sociedad plural:

Los hijos pueden ser de tres clases, a las que se refiere el mismo canon constitucional: hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”, entre los cuales, por disponerlo así la Constitución, no puede haber diferencias de trato. Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia” que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, “no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino, porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza.

El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.

Esta sentencia tiene la primera valoración favorable por parte de la Corte Constitucional, muy cercana al concepto de la equidad, pues se trata de asimilar las situaciones análogas buscando amparar derechos específicos en un terreno en el que aún no existen certezas directas. Esta razón de la Corte hace comprender que una de las posibilidades en materia de adopción homoparental es considerar que las parejas homoafectivas no se deben juzgar por el racero de su determinación sexual o afectiva, sino por las características específicas de los miembros de cada unión, de manera que, como personas sin discriminaciones sean evaluados como posibles padres de un menor, repito no desde la mirada de sus elecciones personales, sino desde la valoración especial de lo que cada uno como persona puede aportar en la formación y afectividad de los derechos de un menor.



- Sentencia T-276 de 2012: Interés superior del menor, derecho de los niños a ser oídos.

Después de analizada esta sentencia, se desprende que las razones de la Corte en este caso, se basaron en el derecho superior del menor y la necesidad de que éste sea oído cuando están en vilo sus prerrogativas fundamentales. Es de vital importancia, en materia del debate de adopción homoparental, porque inicia un viraje fundamental y son las verdaderas razones por las cuales sí se ajusta a la constitución la adopción por parte de parejas del mismo sexo, y es que al evaluar este conflicto, debe ponderarse cuáles serían los posibles derechos en juego y, por tratarse de derechos de los menores, señalados nacional e internacionalmente como superiores, prima el derecho del menor a tener una familia y a ser escuchado en este tipo de casos.

Los hechos que dieron origen a la valoración posterior de la Corte fue una acción de tutela instaurada por ciudadano extranjero, al evitar la conclusión del trámite de adopción de dos menores, después de haber sido aprobada la adopción, y debido, en exclusiva, a que una funcionaria de ICBF conoció las elecciones homosexuales del adoptante; a saber:

- El tutelante afirma que es un ciudadano estadounidense con bajos conocimientos del idioma español. Relata que hace dos años, inició el proceso de adopción de los niños AAA y BBB, dos hermanos colombianos

de 13 y 8 años, respectivamente, “caracterizados como niños de difícil adopción”.

- Indica que llevó a cabo todo el proceso de adopción y se surtieron todas las etapas según la normativa colombiana y de conformidad con los convenios internacionales que rigen la materia.
  
- Relata que durante el trámite, él y los niños tuvieron varios encuentros personales en Colombia y en Estados Unidos, así como encuentros virtuales, lo que condujo a que se construyeran fuertes vínculos emocionales y se generaran altas expectativas de conformar una familia.
  
- Sostiene que tras la culminación de los trámites administrativos de la adopción, un juez de familia profirió la sentencia correspondiente en la que declaró que es padre de los niños AAA y BBB. Indica que después de la declaración judicial, se llevaron a cabo los procedimientos nacionales e internacionales correspondientes para que fuera posible la salida de los niños del país.
  
- Explica que el 31 de marzo de 2011, en horas de la mañana, se encontraba con sus hijos cerca de la sede nacional del ICBF y decidió dirigirse al lugar para despedirse de algunos funcionarios. Relata que sostuvo una conversación informal, sin traductor, con la Subdirectora de Adopciones de la entidad, en la que “(...) manifestó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado no apto para adoptar”. Asegura que debido a este

comentario, la funcionaria le preguntó si tenía pareja, pregunta que respondió afirmativamente.

- Manifiesta que después de la conversación, se desplazó junto con sus hijos a la Embajada de Estados Unidos en Colombia para recoger las visas de los niños, ya que ese mismo día viajarían fuera del país. Sin embargo, relata que en la Embajada se le informó que, debido a una comunicación remitida por el ICBF en la que se solicitó impedir la salida de los niños del país, las visas habían sido negadas, pese a que inicialmente habían sido decididas favorablemente, razón por la cual los pasaportes fueron sellados con la frase “negación sin perjuicio”.

Analizados los hechos, la Corte comenzó su exposición con lo contenido en el artículo 52 de la ley 1098, que señala que:

La verificación de la garantía de los derechos de los niños debe comprender un examen de su estado de salud física y psicológica, su estado de vacunación y nutrición, su inscripción en el registro civil de nacimiento, la ubicación de la familia de origen, el entorno familiar, los elementos protectores y de riesgo para la vigencia de sus derechos, la vinculación al sistema de salud y seguridad social, así como al sistema educativo, entre otros aspectos.

Por tal la valoración del caso residió en comprender que, la familia es un estrecho vínculo de personas, familiares o no, que generan empatía y afectividad

mediante un encuentro solidario; el accionar del ICBF no sólo demuestra que no hubo una correcta valoración de los requisitos solicitados para la adopción, sino que intentaron menguar el posible problema en contravía de los derechos del menor. Efectivamente la persona extranjera que se disponía a adoptar a los menores tenía una relación homoafectiva y, los niños adoptados, entrarían a dicha unión como núcleo familiar; aun cuando la Corte ha manifestado que se encuentra impedida para contestar si la adopción para estas parejas debe permitirse de manera general, en este caso específico la aprueba ya que los menores había creado lazos familiares con el adoptivo, hacía dos años se entrevistaban, habían viajado con antelación a dicho país, y requerían ser oídos; la afectación a los menores era profunda ya que se trataba de menores de difícil adopción por ser hermanos y haber pasado el umbral de los 7 años, además ya consideraban al adoptante como un padre. Así las cosas aun cuando la Corte se ha negado a permitir este tipo de adopciones, con base en el interés superior de los menores, permitió mantener en firme la adopción de estos niños para evitar un perjuicio mayor.

La Corte señaló como de vital importancia conocer los pormenores del proceso de restablecimiento de los derechos:

La jurisprudencia ha sostenido que el proceso de restablecimiento de derechos debe sujetarse a los principios constitucionales, como el interés

superior del niño, el debido proceso y la proporcionalidad, entre otros. En este sentido, en lo que respecta al trámite, esta Corporación ha resaltado que al interior de estos procesos (i) es obligación permitir la participación de los padres, en caso de que sean conocidos, o los miembros de la familia extendida, quienes tienen derecho a que el ICBF los escuche y a manifestar su consentimiento cuando la normativa lo exija, y (ii) se debe garantizar el debido proceso.

Aduce el máximo tribunal en la sentencia en análisis que con base en sentencia T-580A de 2011, la Corte recordó que cualquier intervención del Estado en el ámbito familiar debe ser justificada y proporcional, y debe buscar mejores condiciones para el niño; en este caso el ICBF actuó precipitadamente sin valorar que eran, precisamente, esos intereses superiores de los dos menores los que se veían involucrados y menguados. ¿Acaso, los funcionarios se detuvieron a cuantificar el daño que le harían a dos menores en sus ilusiones, deseos y proyectos de vida si los privaban de lo único que en su vida había sido una manifestación de afecto y compañía solidaria?

La protección a los derechos de los menores por parte de los funcionarios encargados de la adopción, desconoció no sólo normas nacionales y

constitucionales, sino, también, mandatos del derecho internacional; es así como el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño dispone lo siguiente:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (negrilla fuera del texto).

En la citada actuación se desconoció, además, el derecho de los menores a ser oídos, la vinculación e importancia que por el interés superior se le reconoce a los menores, haciendo hincapié en que es obligatorio que sus voces sean tenidas en cuenta, que se olvide la posición anquilosada del menor como ser imperfecto y se adopte un reconocimiento completo de sus intenciones y sentimientos:

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. (Ley 1098 de 2006)

Así las cosas, la Corte interrelaciona los elementos igualdad, interés superior del menor y derechos de las familias homoafectivas; a partir de este pronunciamiento se abre un amplio abanico de posibilidades para considerar que la mirada no debe enfocarse en los derechos de las parejas homoafectivas exclusivamente, es decir, la valoración no debe centrarse, en este punto, en la intención de dichas parejas de formar familia, sino en que el derecho de los menores de ser adoptados, es suficientemente fuerte como para no obstruir su acceso a la familia, educación, protección y lazos afectivos de una familia, sin importar la decisión de género, raza o condición de los posibles adoptantes. Los funcionarios encargados del ejercicio de la norma deben guiarse por una valoración mucho más amplia, de manera que se asimile la esencia constitucional de -el interés superior del menor- y se comprenda, que la situación de abandono y escaseces de muchos menores en el país no da espera ante cuestionamientos religiosos, filosóficos o académicos. La garantía práctica de los derechos de

estos menores en situación de vulneración manifiesta, está a la espera de soluciones reales sin miramientos excluyentes.

- Sentencia SU 617 de 2014: Relación paterno-filial, su estructura fáctica.

Aun cuando el país se encuentra, en su accionar jurídico, dirigido por normas que todavía corresponden a amparos pasados, entendiendo que verbigracia la conformación de la familia es mucho más diversa en la actualidad a la consagrada en el texto normativo, la Corte ha señalado una exclusión para esta norma, en principio señalando que existen diversos tipos de familia en la sociedad, de manera que argumentar que ésta es solo la conformada por hombre y mujer de diferente sexo, ya no sólo resulta anquilosado sino, además, alejado de la realidad; seguidamente la Corte también puntualiza, por medio de esta providencia en el carácter fáctico de la relación paterno-filial, como el emanado por las relaciones de crianza.

Es innegable que en una sociedad valorada como desarrollada, todavía el conglomerado social soporta la carga de diversas normativas, que bajo el imperio de la ley, regulan circunstancias reales que han sido modificadas por el tiempo y la cultura. Muchas de las normas que gobiernan las relaciones sociales en



Colombia son presupuestos inscritos en una historia ya lejana que, al momento de ser llevadas a la práctica no pueden ser desarrolladas pues las circunstancias a la cuales deben aplicarse han desaparecido o se han modificado. ¿Es posible entonces reconocer derechos a las familias cuando las familias, han dejado de ser en su estructura lo que eran entonces? Es necesario que el máximo tribunal constitucional haya sentado directrices para que la aplicación objetiva de esta norma no menoscabe derechos ciertos.

Así las cosas, la acción constitucional fue promovida por una pareja homoafectiva, integrada por dos mujeres y una menor, una de las mujeres es madre biológica de la niña y, señala en los hechos, la otra ha desarrollado el mismo acompañamiento y protección que ella ha realizado como progenitora. La accionante solicita que como madre de la menor, se le reconozca el derecho a decidir qué persona es apta para adoptar a su hija y, en este punto, señala el elemento fundamental que dará pie a la sentencia, que su compañera permanente ha realizado, a través de los años, una labor desinteresada y de solidaridad con la menor, de manera que en el terreno fáctico la menor se comporta con ella de manera afectiva y se han desarrollado lazos de cariño entre ambas.

En esta providencia, la Corte busca reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, por tanto permite el amparo de la pareja de la madre como aportante de la menor y protege los derechos de esa menor, evitando que por acciones completamente objetivas de implementación de la norma se pierdan los lazos familiares que se han presentado en el diario vivir y que no conocen de distinciones o exclusiones morales. Asimismo, indica que en materia constitucional no se admiten las decisiones que generen un déficit en la protección de los miembros de las parejas homosexuales, y analizado el caso particular es menester conceder el amparo a una familia.

Esta sentencia permite una apertura, en tanto sustrae de la norma la realidad, en veces, tan ajena al texto: la familia es un lazo afectivo y de solidaridad. No es pues dable, a una autoridad judicial, romper con los lazos establecidos por el tiempo y el cariño cuando se está ante una circunstancia no contemplada por la norma. Adiciona que no puede haber medidas que disminuyan los derechos ya reconocidos para las parejas homoafectivas. Es una sentencia que permite valorar que, en los casos en los cuales una de las personas que conforman la unión homoafectiva sea el padre biológico del menor, la otra persona podrá solicitar la medida de adopción. ¿No es pues claro que quien sin obligación cumple con las necesidades alimentarias y afectivas de un menor, merezca ser el adoptante del mismo? Este es el cuestionamiento que

permite romper las barreras del encasillamiento normativo que, en la actualidad, sigue llevando auestas la familia como institución.

En definitiva se trata de comprender que más que la célula primera de la sociedad, la familia es una realidad conformada por múltiples actores y relaciones de solidaridad, que las familias conformadas por la visión tradicional son muchas menos en el presente, debido precisamente al cambio de la sociedad y, por ello, la norma debe variar, progresar y transformarse, para seguir cumpliendo con su razón de ser.

## **10. CONCLUSIÓN**

Teniendo como directriz de la investigación realizada, el objetivo de determinar cuáles han sido las razones de la Corte Constitucional para aceptar la adopción de menores en un núcleo familiar homoparental, con base en las sentencias C-577/11, T-276 de 2012 y SU 617 de 2014; se realizó un análisis ya esbozado en el anterior aparte, del mismo surgen varias conclusiones puntuales, a saber:

1. Con base en la Sentencia C-577/11, se pudo delimitar que el razonamiento de la Corte se adecuó a la postura del carácter asimilable de las situaciones

concretas. Por tanto valoró un caso específico realizando analogía con otros ya fallados y dejando de lado el revestimiento riguroso de la norma para comprender que ante iguales circunstancias fácticas, tanto el fallador como el legislador deben obrar conforme al deber constitucional de equidad.

La misma Corporación señaló a comienzos de la época de los noventa la importancia de comprender el moderno concepto de igualdad, ya que al distribuir los derechos de manera igual, en realidad se acudía a una suprema desigualdad, ya que quien se encuentra en posición menos favorecida requiere un trato distinto aumentando los niveles de justicia; así surge el concepto de equidad que equivale a entregar seguridad jurídica y equidad, no de forma indiscriminada, sino apelando a las particulares características de cada sector poblacional, núcleo o individuo.

Esta sentencia permite señalar que, así como en este caso la decisión de la Corte garantizó los derechos de los menores y el derecho a la familia, también por el carácter asimilable de las situaciones concretas debe analizarse cada caso en específico, es decir, no debería negarse de manera general la adopción de menores por parte de familias homoparentales, sino señalarle a los funcionarios encargados de dicha adopción que, sin importar el sexo o la raza del adoptante,

todas las situaciones deben delimitarse desde su concreción. Si la Corte advierte que cada caso debe ser valorado, por qué de manera general no se rompe con la limitación que no sólo es excluyente de un grupo poblacional sino, que afecta el tan citado interés superior de los menores. La invitación es a que se estudie cada caso concreto de solicitud de adopción sin que sea tomada en cuenta la elección sexual de los integrantes de la familia.

2. Sentencia T-276 de 2012: Interés superior al menor, derecho de los niños a ser oídos.

La protección que para la niñez han impuesto las diferentes convenciones internacionales, ha sentado sus bases en el país, desde la Constitución de 1991, mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales de los menores, y en la norma concreta, ley 1098 de 2006, esta protección ha existido avalada por el texto legal y constitucional, pero en la práctica, aún hay extensos espacios de la población menor en el país, que siguen siendo vulnerados. Es cuestión cotidiana el reconocimiento de que existen menores laborando en el país, que les son cercenados sus derechos a la educación, en muchos casos a la salud y que, en sus hogares, sufren en muchos casos la violencia familiar directa o indirecta. Así las cosas, la protección nacional e

internacional consagró el derecho de los menores a ser oídos, y ello deviene de la idea generalizada de una cultura de mayores en la cual los menores han sido entendidos como mayores pequeños, en formación e incompletos; esta visión deviene del modelo positivista que atravesó las ciencias y que se instaló en la intelectualidad del siglo XXI, pero antes de ello la situación de los menores no era mejor; existen referentes de los procesos genocidas a los que se vieron lanzados cuando no cumplían con las características esperadas en distintas tribus de la antigüedad; de la exclusión social y muerte en la época del medioevo, de la tortura sexual, alimenticia y laboral en la que aún se ven inmersos. El derecho de los menores a ser oídos permite comprenderlos como sujetos de derechos sin importar su edad, entender que los menores son los depositarios de esos afecto que les permite el resguardo y la protección que requieren y que, por tanto, son ellos los primeros abogados a indicar sus sentimientos.

En esta órbita, no sólo tienen derechos a ser oídos los menores que han estado inmersos en lazos afectivos en las familias homoparentales sino todos los que requieren protección de una familia; ¿no debe también, en consecuencia, preguntarles la Corte o el legislador a los menores que se encuentran en centros de adopción cuál es su valoración? Adicionado a que dentro del debate actual no han estado presentes los señalamientos de estos

menores que son los que sufren los problemas, ¿Se han brindado completas instalaciones y una cobertura global para los menores en situación de abandono? ¿Existen en el país, o han existido, políticas claras en materia de aborto y planificación familiar? Ante una respuesta negativa o dubitativa a las anteriores preguntas, basados en el interés superior del menor, el máximo tribunal debe velar por los derechos de estos menores y, en el futuro, romper las barreras morales que limitan las prerrogativas superiores, con la excusas de la elección sexual de los adoptantes.

3. La Sentencia SU 617 de 2014 es fallada con base en el razonamiento de la relación paterno-filial, su estructura fáctica, es decir, se ciñe a los elementos reales que permiten comprender qué es en el presente una familia. La visión que establecen los códigos civiles y de familia en el país, han sido estructuradas mediante un concepto platónico cristiano, basado en la unión de dos seres diferentes que se convierten en un solo cuerpo para la procreación y proyección de la especie; esta visión es una idea que aun cuando se entienda como correcta, es disímil de las manifestaciones que existieron en la antigua Grecia y Roma, de las que se tienen incluso en la actualidad en los países del oriente, de la que aceptan como válida los indígenas de muchas regiones del mundo; en fin, es un concepto que impera en una época como paradigma de núcleo fundamental, pero como todos los

paradigmas humanos es susceptible de ser modificado pues se trata de un imaginario que, en el caso colombiano, ha dejado de ser una realidad. Precisamente, la proliferación de embarazos adolescentes, las guerras y los conflictos internos fueron generando nuevas conformaciones familiares, mujeres con uno o más hijos a causa de embarazos tempranos, abandono o muerte del padre; abuelos encargados por completo de sus nietos, hijos que hicieron de padre y madre ante su número extenso de hermanos. Por ello la discusión sobre la real familia conformada por hombre y mujer con intenciones de procrear no sólo está anquilosada, sino ausente de visión social. A esto, debe sumársele la situación de la juventud y las personas adultas del momento, los nuevos estilos de vida y las labores fatigosas que hacen que cada día haya más parejas que no deseen tener hijos y mucho menos adoptar menores en situación de abandono. Ante esta situación ¿Debe la Corte Constitucional y los encargados de señalar los criterios de adopción imponer reglas estrictas para posibles adoptantes cuando no son pocos, sino cada vez más reducidos, los sectores de la población que configurarían el imaginario de la familia establecida en el pasado?

Esta Sentencia de La Corte por vez primera reconoce que la familia es el reconocimiento afectivo y solidario de miembros de un grupo y, ese volver a las raíces marca una senda diferente. La norma en el terreno de la especialización



posmoderna se ha cerrado en sentencias aritméticas apuestas a la esencia del derecho: ese sentido común que permite adoptar decisiones por el carácter general de las necesidades, ese sentido común, ético de la justicia, se encuentra rebosando en la Constitución y su omisión no sólo constituye una afectación a la norma suprema del país sino, al carácter esencial de la justicia. La norma, en el presente, debe repensarse para que su extrema especialización no olvide lo básico, la clave que constituye y le da validez a la norma: la esencia humana de las necesidades jurídicas.

## BIBLIOGRAFÍA

HABERMAS, Jürgen. *Conocimiento e interés*. Traducción de G. Hoyos Vásquez, Valencia: Universidad de Valencia, 1995.

MEJÍA TURIZO, Jorge. (2010) Comunidad LGTB: Historia y reconocimientos jurídicos. Revista Justicia N° 17. P. 78-110. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, junio.

TORRES CENDALES, Leidy. Sodomía y Pecado nefando en la Nueva Granada a Principios del siglo XIX. La rochela, la vida hace 200 años. Revista de la Universidad Nacional de Colombia. 2013.

- Sentencia C-075 de 2007
- Sentencia C-075 de 2007
  
- Sentencia C-029 de 2009
- Sentencia C-577 de 2011
  
- Sentencia T-276 de 2012
- Sentencia SU 617 de 2014