

LA ADOPCIÓN DE NIÑOS POR PARTE DE PERSONAS CON ORIENTACIONES
SEXUALES MINORITARIAS: UN ANÁLISIS DESDE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
Y LA PERSPECTIVA DEL ADOPTANTE

DANIEL GÓMEZ MAZO
OLGA PATRICIA VELÁSQUEZ OCAMPO

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado/a

Asesor: CARLOS JULIO ARANGO BENJUMEA

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2012

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Medellín, 10 de octubre de 2012

AGRADECIMIENTOS

Al profesor Carlos Julio Arango por su invaluable acompañamiento en el desarrollo de nuestra investigación.

A las organizaciones Colombia Diversa, DeJusticia, al Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas de Bogotá y demás personas, grupos e instituciones que colaboraron con nuestro proyecto.

A nuestros padres, madres y hermanos que nos enseñaron la importancia de la familia.

CONTENIDO

Glosario	5
Lista de anexos	10
Resumen	11
Introducción	13
1. El interés superior del niño como centro de la adopción en Colombia.	27
2. La adopción de niños por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias vista desde el principio del interés superior del niño.	36
3. La adopción de niños por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias vista desde la perspectiva del adoptante	54
4. A modo de conclusión: la armonización del principio del interés superior del niño y la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas lesbianas, gay y bisexuales en la adopción homoparental.	89
Bibliografía	103
Anexos	111

GLOSARIO

ADOPCIÓN: institución jurídica que permite generar parentesco civil entre dos sujetos. Tiene como finalidad la protección del niño o que carece de familia de sangre o que, teniéndola, esta no puede ocuparse de la crianza del niño.

ADOPCIÓN HOMOPARENTAL: con esta expresión se hará referencia a las adopciones en que uno o ambos adoptantes tienen una orientación sexual distinta a la heterosexual.

ADOPCIÓN INDIVIDUAL: tipo de adopción donde se crea parentesco civil entre un único adoptante y el adoptivo.

ADOPCIÓN CONJUNTA: tipo de adopción donde son dos los adoptantes de un mismo adoptivo, creándose parentesco civil entre este último respecto a cada uno de los primeros. Los adoptantes pueden ser cónyuges o compañeros permanentes.

ADOPCIÓN CONSENTIDA: tipo de adopción donde la pareja del padre o madre biológica del niño (cónyuge o compañero permanente) adopta a este último.

ADOPTANTE(S): es la persona o personas que luego de un proceso de adopción reciben a un nuevo integrante en el núcleo familiar y por tanto se convierte(n) en padre(s).

ADOPTIVO: es la persona, por lo general un niño, que llega a hacer parte de una familia a raíz de la adopción en calidad de hijo.

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CORTE IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

FAMILIA: “Grupo de convivencia basado en el parentesco, la filiación y la alianza; sus miembros están ligados por sangre o afinidad, lo cual crea una serie de relaciones, obligaciones y emociones.”¹

FAMILIA ADOPTIVA: es aquel tipo de familia que surge con la adopción, por lo que está conformada por adoptantes y adoptivos, a más de otros parientes preexistentes al momento de la adopción.

FAMILIA DE HECHO: es aquella familia que si bien cuenta con vínculos de afecto, solidaridad y socorro mutuo no se encuentra regulada de manera expresa por la ley.

FAMILIA HOMOPARENTAL: “Relación estable entre dos personas del mismo sexo que tienen hijos por intercambios heterosexuales de uno o ambos miembros de la pareja, por adopción y/o procreación.”²

GAY: “... se emplea para referirse a hombres que se reconocen como tales y que sienten atracción erótico-afectiva exclusivamente hacia otros hombres y desarrollan su vida sexual en esta dirección.”³

HETEROSEXUALIDAD: “dirección de las emociones, el afecto y la atracción sexual hacia personas del sexo opuesto.”⁴

HOMOPARENTALIDAD: en desarrollo de este texto, se hará referencia con ella a la crianza de niños por parte de personas con orientaciones sexuales distintas a la heterosexual, sea que dicha crianza esté a cargo de una única persona o de una pareja del mismo sexo.

HOMOSEXUALIDAD: “dirección de las emociones, el afecto y la atracción sexual hacia personas del mismo sexo. Algunas personas piensan que el término homosexual es

¹ Vid. QUINTERO VELÁSQUEZ, Ángela M, Diccionario especializado en familia y género, Buenos Aires, Lumen, 2007, p. 64.

² Vid. IBID, p. 64.

³ Colombia Diversa. Cartilla ¿Dónde está la diferencia? p. 8.

⁴ IBID, p.6.

obsoleto, inapropiado y hasta ofensivo. Ellas prefieren los términos “lesbiana” y “gay” para potenciar las posibilidades políticas de tal nominación y superar la connotación médica con que nació el término homosexual.”⁵

No debe confundirse la homosexualidad con el homosexualismo, pues este último término tiene una carga valorativa negativa y se asocia por lo general a un tipo de patología o enfermedad.

IDENTIDAD DE GÉNERO: “sentimiento profundo de una persona de igualdad, unidad y persistencia como hombre, mujer o transgenerista, a través del tiempo y a pesar de los cambios físicos o psíquicos. La identidad de género no corresponde a un señalamiento por parte de otras personas sino a una auto-identificación que hace cada sujeto.”⁶

LGBT: sigla que designa a las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas. Si se le agrega una “I” al final también incluirá a las personas intersexuales. Para efectos del texto utilizaremos la sigla LGBT y sólo se hará referencia a LGBTI cuando una tercera persona o institución, que se traiga a colación, se hubiese referido de forma expresa a personas intersexuales, así como para señalar que no se desarrollará la temática de la intersexualidad en el escrito.

Se aclara además que no habremos de tocar el tema de la adopción de niños por parte de personas transgeneristas, dentro de las que se incluyen las personas transexuales, y que solo se nombrarán estas personas en ciertos apartes específicos según lo definido en la parte introductoria del texto.

También podrá consultarse en la introducción la justificación de la ausencia de las personas transgeneristas en nuestro estudio.

⁵ IBID, p. 6.

⁶ IBID, p. 5.

LESBIANA: “El término se utiliza para designar a aquellas mujeres que se reconocen como tales y que se sienten atraídas de forma erótico-afectiva hacia otras mujeres, incluyendo su vivencia sexual.”⁷

MINORÍA SEXUAL: el término será utilizado en este texto como referente a las personas lesbianas, gay, bisexuales, transgeneristas e intersexuales.

NIÑO: de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”.⁸

Es necesario aclarar que la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, señala en su artículo 3: “... se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.”, definición que a su vez es acogida por la Ley 1306 de 2009 en su art. 53.

Sin embargo, para efectos de nuestra tesis y con el fin de facilitar la exposición de los temas, utilizaremos el término niño como un universal genérico que se refiere a todas las personas, sin importar su sexo, menores de 18 años de edad; en este sentido, cuando se utilicen las expresiones, niño, niños, hijo e hijos, se hará referencia con este uso también a niña, niñas, hija e hijas. Ahora bien, se aclara que cuando se utilice la palabra niña, niñas, hija o hijas, se estará haciendo referencia a una persona de sexo femenino menor de 18 años.

ORIENTACIÓN SEXUAL: “atracción físico, erótica y/o afectiva hacia un determinado o hacia ambos sexos. Las orientaciones sexuales no son estáticas y existen puntos intermedios entre ellas.”⁹

PARENTESCO CIVIL: “Voluntad jurídica de ser padre o madre a través de la adopción.”¹⁰

⁷ IBID, p. 7.

⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

⁹ Colombia Diversa. Op. Cit., p. 4.

¹⁰ QUINTERO VELÁSQUEZ. Op. Cit., p. 94.

TRANSGENERISTAS (PERSONAS TRANS): "... son aquellas que desarrollan una identidad de género contraria a la que se les demanda socialmente conforme a su sexo biológico de pertenencia o que se encuentran en el tránsito entre los géneros [...] Algunas variantes del transgenerismo corresponden a personas transformistas, travestis y transexuales."¹¹

Se aclara que no se hará referencia a las personas transexuales puesto que, de acuerdo con la definición citada, estas pueden entenderse como una variante del transgenerismo, por lo que, para nuestro estudio, se incluyen dentro de la categoría transgeneristas.

TURANDOT, FEDORA Y LAKME: nombre dado por la Corte Constitucional a las quejas dentro del proceso de tutela iniciado por dos mujeres lesbianas de Medellín para que se les permitiera adoptar conjuntamente a la hija biológica de una de ellas. En este sentido, los nombres son una convención interna de la Corte Constitucional y no tienen conexión aparente con las temáticas de adopción o parejas del mismo sexo. Originalmente los nombres hacen referencia a títulos de óperas.

¹¹ Colombia Diversa. Op. Cit., p. 8.

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1.: Cuadro de sentencias de la Corte Constitucional sobre prohibición de discriminar por orientación sexual o identidad de género.

Anexo 2.: Cuadro sobre el principio del interés superior del niño en la legislación colombiana sobre adopción.

Anexo 3.: Cuadro de estudios sobre niños criados por padres gay y madres lesbianas y familias homparentales.

Anexo 4.: Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad de radicado D-8916 “Donde se pone en examen de constitucionalidad al Art. 68 (aparte) de la ley 1098 de 2006.”

Anexo 5.: Cuadro de sentencias de la Corte Constitucional sobre el principio del interés superior del niño.

ADVERTENCIA: la relación de los anexos se hace por el orden de remisión de lecturas que se indican en el desarrollo del texto.

RESUMEN

En el presente trabajo se plantean algunos argumentos relevantes para determinar si el principio constitucional del interés superior del niño y la necesidad de garantizar los derechos subjetivos de familia de las personas lesbianas, gay y bisexuales pueden ser armonizados en relación con la adopción de niños.

En desarrollo de nuestro estudio se hace un recorrido un breve recorrido por la legislación referida a la adopción de niños en nuestro país, desde las disposiciones iniciales que, en esta materia, consagró el Código Civil hasta la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el actual Código de Infancia y Adolescencia.

Se reconstruyen dos líneas jurisprudenciales: (i) la prohibición de discriminar por orientación sexual en la jurisprudencia constitucional; y (ii) el principio del interés superior del niño en la jurisprudencia constitucional.

Se reseñan los principales comentarios de doctrina relacionados con el tema de la adopción de niños y los derechos de las personas LGBT.

Se aborda el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* desatado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el debate de adopción homoparental.

Se hace una síntesis breve sobre estudios multidisciplinarios (psicológicos, psiquiátricos, pediátricos, de trabajo social, entre otros) en relación a la crianza de niños por parte de personas no heterosexuales.

Finalmente, se presentan conclusiones del análisis y estudio investigativo realizado y se anexan cinco documentos útiles en el trabajo de investigación: (i) cuadro de sentencias de la Corte Constitucional sobre la prohibición de discriminar por orientación sexual e identidad de género; cuadro sobre el principio del interés superior del niño en la legislación colombiana sobre adopción; cuadro de estudios multidisciplinarios sobre niños criados por padres gay, madres lesbianas y familias homoparentales; intervención

ciudadana dentro del proceso de constitucionalidad D-8916 desatado en la Corte Constitucional de Colombia; y cuadro de sentencias de la Corte Constitucional sobre el principio del interés superior del niño.

LA ADOPCIÓN DE NIÑOS POR PARTE DE PERSONAS CON ORIENTACIONES SEXUALES MINORITARIAS: UN ANÁLISIS DESDE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA PERSPECTIVA DEL ADOPTANTE

INTRODUCCIÓN

Turandot, Fedora y la niña Lakme son una familia. Su situación no difiere de la del resto de familias colombianas, salvo por estar conformada por dos mamás y una niña concebida, por una de las mujeres, por medio de inseminación artificial.

Su caso pasó a ser de interés público cuando interpusieron una acción de tutela para lograr que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- le permitiese a la madre no biológica adoptar a la niña (adopción consentida) y obtener reconocimiento legal para lo que, hasta el momento, es una familia de hecho. Actualmente, su caso se encuentra en la Corte Constitucional y se espera que sea resuelto en los próximos meses¹².

La situación de estas dos mujeres, a quienes se les impide adoptar debido a tener una orientación sexual distinta a la heterosexual, es la misma en la que están inmersas muchas personas en Colombia.

La adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas –personas LGBT- no encuentra un consenso dentro de la sociedad colombiana.

Si bien desde la promulgación de la nueva Constitución Política las minorías sexuales han logrado que les sean otorgados nuevos derechos en campos tales como la seguridad social, los efectos patrimoniales de sus relaciones de pareja, pertenencia a cuerpos de seguridad del Estado, educación, nacionalidad y residencia, entre otros; existen todavía dos problemas jurídicos que aún no han sido resueltos: el matrimonio entre personas del mismo sexo (también conocido, en otros ordenamientos, como matrimonio igualitario) y la adopción de niños por parte de personas no heterosexuales.

¹² Daniel Gómez-Mazo y Olga Velásquez, entrevista personal a Germán Rincón Perfetti. 28 de junio de 2012.

Respecto al primer problema, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia C-577 de 2011¹³, en la que exhortó al Congreso de la República para que en un plazo de dos años expida una ley que regule la materia y, así, eliminar el déficit de protección jurídico que tienen las parejas del mismo sexo, en nuestro país, al no poder contraer matrimonio civil. En cuanto a la adopción, a la fecha se encuentra en proceso de revisión la acción de tutela que interpusieron Turandot, Fedora y la niña Lakme.

Con relación al tema, el caso más reciente en nuestro país es el de la sentencia T-276 de 2012¹⁴, en el que la Corte Constitucional conoció el caso de un hombre gay estadounidense que adoptó dos niños colombianos y a quien, una vez concluido el proceso de adopción, le fue retirada la custodia de los adoptados, luego que informara a una funcionaria del ICBF, de manera espontánea, su orientación sexual.

La Corte tuteló los derechos de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones fueran tenidas en cuenta, así como de estos y del adoptante al debido proceso y a tener una familia. Sin embargo, la Corte no sometió a un análisis juicioso la potencial conducta discriminatoria de que fue objeto el tutelante, lo cual se constata por medio del comunicado de prensa de 24 de mayo de 2012¹⁵, emitido por la corporación, donde se indica que la sentencia no declaró probado que se hubiese discriminado al adoptante en razón de su orientación sexual.

Ahora bien, el problema de la adopción por parte de personas no heterosexuales adquiere una dimensión distinta si se tiene en cuenta que hoy existe consenso respecto a que la

¹³ En este caso se presentaron sendas demandas de inconstitucionalidad contra el art. 113 del Código Civil, el art. 2º de la Ley 294 de 1996 y el art. 2 de la Ley 1361 de 2009, en las que) se acusó de inconstitucional la expresión "de un hombre y una mujer" por excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio. Se demandó, además, la expresión "de procrear" del art. 113 del Código Civil. La Corte declaró exequibles las disposiciones demandadas y exhortó al congreso para que regule de forma sistemática los derechos de las parejas del mismo sexo en un plazo de dos años. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-577 de 2011, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá, 26 de julio de 2011.

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-276 de 2012, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá, 11 de abril de 2012.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Comunicado de prensa, 24 de mayo de 2012. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2024%20de%20mayo%20de%202012%20Sentencia%20T-276-12.php> Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2012.

adopción, como institución del derecho de familia¹⁶, busca ante todo salvaguardar el interés superior del niño, concretado en su derecho a tener una familia.

Con todo, hay quienes sostienen que la adopción, al ser pensada para proteger los intereses del adoptivo, no es pertinente en aquellos casos en que el adoptante tiene una orientación sexual o una identidad de género minoritaria, en la medida que se estaría dando prevalencia al derecho de las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas a recibir un trato igualitario ante la ley por encima del principio del interés superior del niño.

Es decir, si se permitiese que personas no heterosexuales adoptaran niños, se estarían anteponiendo los intereses del adoptante a los del adoptivo, contradiciendo de esta forma la finalidad de la mencionada institución.

Para sostener tal hipótesis, los detractores de la adopción homoparental argumentan que permitir a las personas no heterosexuales o con identidades de género no tradicionales adoptar niños pondría en peligro o afectaría de manera significativa el bienestar y desarrollo del adoptivo.

Nuestro trabajo tiene por objeto identificar si en la adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales, es posible armonizar dos principios constitucionales: por un lado, el derecho de las minorías, en este caso personas no heterosexuales, a no ser discriminados y recibir un trato igualitario ante la ley, derechos consagrados, entre otros, en los arts. 13 de la Constitución Política, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y por otro lado, el interés superior del niño, consagrado en múltiples disposiciones normativas nacionales, como el art. 44 de la Constitución, e instrumentos internacionales, dentro de los cuales se cuentan los arts. 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁶ ARCE, Joaquín, y FLÓREZ- Valdés, El derecho civil constitucional, Madrid, Civitas, 1986, pp. 47-48.

En este orden de ideas, determinar si en la adopción de niños por adoptantes con orientaciones sexuales minoritarias existe o no una colisión real de los mencionados principios es importante, pues en el evento que se determine que existe una contrariedad sustancial entre ambos, se debería pasar a un segundo momento de análisis, en el que cabría la pregunta de cual de los principios ha de prevalecer sobre el otro.

Es necesario aclarar que en este texto no se abordará el tema de la adopción de niños por parte de personas transgeneristas.

La delimitación del objeto de investigación en este sentido se justifica en la medida que gran parte de la literatura con la que contamos, al referirse a la adopción de niños por personas pertenecientes a minorías sexuales, hacen referencia –explícita o implícita– únicamente a personas con una orientación sexual no heterosexual, más no a aquellas que tienen identidades de género no tradicionales.

Además, también se justifica hacer estudios separados en materia de adopción de niños por parte de personas transgeneristas en la medida que este último grupo tiene ciertas diferencias importantes respecto a aquel conformado por personas lesbianas, gay y bisexuales, pues una muestra de ello es que aún en gran parte del mundo, incluido nuestro país, se considera que tener una identidad de género distinta a aquella que se espera de una persona de acuerdo a su sexo biológico constituye un tipo de desorden o patología psíquica, lo cual, con independencia de la postura que se asuma respecto a la justificación de esta “patologización”¹⁷ de las identidades de género minoritarias, hace necesario un estudio separado en materia de adopción.

Con todo, se advierte que en la reconstrucción de líneas jurisprudenciales y en la exploración doctrinaria, se incluyeron tanto casos como textos que se refieren a la situación de las personas transgeneristas, ello en la medida que, especialmente en la jurisprudencia, la diferenciación conceptual entre la orientación sexual y la identidad de

¹⁷ La palabra patologización ha sido utilizada para referirse a aquellos eventos en que las distintas manifestaciones de las identidades de género han sido catalogadas en un gran número de países como desórdenes mentales o trastornos. Así, en algunos sitios se les llama disforias de género y en otros trastornos de identidad de género.

género se ha ido perfilando poco a poco a través del tiempo, por lo que no es extraño encontrar sentencias que se refieren a personas transgeneristas dándoles el apelativo de gay, lesbiana o simplemente homosexual, así como casos en los cuales se llama transexuales o transgeneristas a personas que no tienen una identidad de género tradicional.

Ahora bien, con el ánimo de contribuir a aclarar el tema de la adopción homoparental, se realizó un plan de trabajo que contó con varios momentos, a saber:

1. Reconstrucción de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre discriminación motivada por orientación sexual o identidad de género.
2. Reconstrucción de la línea jurisprudencial sobre el principio del interés superior del niño, su significado y alcance.
3. Exploración doctrinaria sobre la institución de la adopción y los derechos de la población LGBT.
4. Identificación de cómo se ha incorporado el principio del interés superior del niño en la legislación colombiana, desde la expedición del Código Civil hasta el actual Código de la Infancia y la Adolescencia.
5. Indagación sobre estudios multidisciplinarios de adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales.
6. Entrevistas a personas e instituciones claves en el debate sobre la adopción homoparental en nuestro país.

La metodología utilizada en cada uno de los 6 momentos fue al siguiente:

1. Para la reconstrucción de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre discriminación motivada por orientación sexual o identidad de género, se partió de un cuadro¹⁸ facilitado por la organización Colombia Diversa¹⁹, en el que están

¹⁸ Relación de sentencias de la Corte Constitucional colombiana que han considerado los derechos de las personas LGBT y de las parejas del mismo sexo, Sitio web Colombia Diversa [en línea], disponible en: <http://www.colombiadiversa-blog.org/p/sentencias.html>, consulta: 23 de septiembre de 2012.

¹⁹ Colombia Diversa es una organización no gubernamental que trabaja por los derechos de personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas en Colombia.

listadas las sentencias proferidas por este alto tribunal sobre este tema desde el año 1991. Con base en este cuadro, se procedió a realizar una actualización del mismo²⁰, de tal forma que resultaran incluidas las sentencias más recientes (hasta junio de 2012).

En el cuadro actualizado se encuentran consignadas 61 sentencias referidas a temas de población LGBTI –personas lesbianas, gay, bisexuales, transgeneristas e intersexuales-.

De estas sentencias hubo 8 (T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-992 de 1999, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003, T-912 de 2008) que no se analizaron, debido a que no resultan pertinentes para afrontar el problema jurídico que se aborda en nuestra monografía, ello en la medida que estas sentencias se refieren a problemáticas relacionadas con la intersexualidad, casi siempre en lo que tiene que ver con intervenciones quirúrgicas de remodelación genital.

Las 53 sentencias restantes se analizaron desde dos puntos de vista: (i) se clasificaron de acuerdo a si eran sentencias con una decisión en favor o en contra de los intereses del quejoso (sentencias de tutela) o del demandante (sentencias de constitucionalidad)²¹; (ii) se extrajeron los principales argumentos esgrimidos por la Corte en cada sentencia para fundamentar su decisión, junto con el recuento sucinto de los hechos que se presentan y los datos de identificación de la sentencia; Y como resultado de los análisis anteriores, se confeccionó un texto donde se detallaban los hallazgos.

La reconstrucción de esta línea jurisprudencial de la Corte Constitucional resulta importante si se tiene en cuenta que la mayoría de los logros jurídicos que ha

²⁰ Ver anexo 1.: Cuadro de sentencias de la Corte Constitucional sobre prohibición de discriminar por orientación sexual o identidad de género.

²¹ En aquellos casos en que la declaratoria de exequibilidad fue condicionada se hizo un análisis posterior para determinar si la modulación del fallo favoreció o no los intereses de la comunidad LGBT, si lo hizo se tiene como a favor, sino lo hizo se entendió en contra. Si la sentencia fue inhibitoria, se tiene como en contra para estos efectos.

obtenido la minoría LGBT en nuestro país, se han logrado por medio de experiencias de litigio ante esta corporación.

2. La línea jurisprudencial sobre el principio del interés superior del niño, fue construida a partir de 40 sentencias de constitucionalidad y tutela que abordaban el significado del interés superior del niño y su alcance.

Para ello, se hizo un rastreo de sentencias en el buscador de la Corte Constitucional empleando como parámetros de búsqueda las palabras “adopción”, “interés superior del menor”, “interés superior del niño” y “familia”.

De forma posterior, se incluyeron aquellas sentencias que fueron mencionadas como importantes por las halladas en el buscador de la Corte.

De igual manera, se empleó, como instrumento auxiliar, el texto de la Defensoría del pueblo que desarrolla las línea jurisprudencial sobre aquellos temas de relevancia suprema²², entre ellos, el relacionado con los derechos de los niños.

Una vez reconstruida la línea jurisprudencial se procedió a la elaboración de un texto donde se resumían los hallazgos encontrados.

La finalidad de la reconstrucción de esta línea jurisprudencial era determinar cuál es el concepto que existe en el derecho nacional del interés superior del niño, y en este sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional es un elemento indispensable si se tiene en cuenta que gran parte del contenido de este principio se ha generado a partir de la interpretación de normas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos –bloque de constitucionalidad-, elementos sobre los que la Corte Constitucional, como intérprete autorizada de la Constitución, tiene razonamientos vinculantes.

²² Observatorio de Justicia Constitucional, “Niños y niñas”, en: Tres lustros de jurisprudencia constitucional, Colombia, 2009, pp. 40-65.

3. Para la exploración doctrinaria sobre la institución de la adopción y los derechos de la población LGBT se utilizaron los recursos físicos existentes en la biblioteca de la universidad EAFIT.

Los descriptores utilizados para encontrar los textos fueron: “familia”, “adopción”, “interés superior del menor”, “interés superior del niño”, “LGBT”, “lesbiana”, “gay”, “bisexual” y “transgenerista”.

Una vez recopilados estos textos, se hizo una organización de los mismos, para lo cual se tuvieron como pautas de clasificación: (i) si el texto se refería al interés superior del niño o a la adopción de forma exclusiva, si versaba también sobre el tema de orientación sexual/identidad de género, o se refería únicamente a este último; (ii) año de publicación del documento; (iii) si el autor era nacional o extranjero; y (iv) el área de trabajo principal de cada autor (litigante, académico, juez, profesional de las ciencias sociales, entre otros).

Una vez clasificados los textos en cada una de las categorías se procedió a su reclasificación en tres categorías: (i) textos referidos a la adopción de niños o al interés superior del niño de autores nacionales; (ii) textos referidos a la adopción de niños o al interés superior del niño de autores extranjeros; (iii) y textos sobre la temática de orientación sexual o identidad de género.

Por último, se realizó una lectura de los mismos que principió con los documentos más antiguos hasta llegar a los más recientes, sin perder de vista su tri-clasificación. Se prescindió de la clasificación referida al área de trabajo principal de cada autor para dar prevalencia al criterio temporal en el orden de lectura de los textos, con todo, se tuvo en cuenta este criterio a la hora de analizar los documentos.

De cada texto se extrajeron aquellos apartes que hacían referencia a la finalidad de la adopción, el concepto de interés superior del niño o el avance de derechos de la población LGBT, además, se enunciaron las ideas principales expuestas por cada autor. La información recopilada se consignó en un modelo de ficha de

lectura distinto al utilizado para el estudio de las sentencias de la Corte Constitucional.

Esta fuente de información se hizo indispensable en la medida que es mucho más fácil poder llegar a conclusiones acertadas y fundamentadas si se parte del conocimiento previo que ha sido desarrollado por otros autores.

4. En relación a la identificación de cómo se ha incorporado el principio del interés superior del niño en la legislación colombiana, la metodología empleada consistió en la lectura directa de las leyes y decretos que han regulado a la adopción de niños, a saber: (i) Código Civil de Colombia; (ii) Ley 140 de 1960, por la cual se sustituye el título XIII, del Libro I del Código Civil, sobre adopción; (iii) Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; (iv) Ley 5ª de 1975, por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones; Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor; y la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

El rastreo de estas leyes se realizó a partir de la información consignada en la transcripción de una conferencia del jurista Eustorgio Aguado Montaña²³.

A partir de la lectura se construyó un cuadro de legislación²⁴, donde se describió la forma en que los mencionados instrumentos normativos se referían a la adopción en varios aspectos: (i) definición sobre la adopción; (ii) principales efectos de la adopción; (iii) requisitos generales exigidos a quien quisiera adoptar; (iv) quienes podían ser adoptivos; (v) otras formas en que se encontraba consagrado el principio del interés superior del niño en la legislación sobre adopción.

²³ AGUADO MONTAÑO, Eustorgio, La adopción. Evolución en nuestro ordenamiento jurídico, Cali, 20 de abril de 2007, s.d., pp. 1-54.

²⁴ Ver anexo 2.: Cuadro sobre el principio del interés superior del niño en la legislación colombiana sobre adopción.

Los aspectos sobre los cuales se indagó en la legislación obedecen a una decisión de orden práctico pues, en nuestro parecer, es a través de dichos aspectos por los que puede saberse, de forma más eficaz, cómo se encontraba incorporado en la legislación de cada época el interés superior del niño.

La importancia del estudio de la legislación radica en que, junto con la jurisprudencia constitucional, es el principal parámetro general que se tiene para determinar en qué consiste el interés superior del niño en casos de adopción y cómo este ha de ser concretado en las decisiones particulares que tomen los distintos operadores jurídicos en Colombia.

5. Para la indagación de estudios multidisciplinarios sobre adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales se optó por la lectura de análisis psiquiátricos, psicológicos, pediátricos, y algunos estudios legales y otros compilatorios de estudios previos en múltiples áreas, como la del trabajo social.

En total se tomaron en cuenta 27 estudios que fueron hallados con la ayuda de la organización Colombia Diversa, que ya había hecho una compilación de los mismos en su campaña de litigio estratégico en materia de adopción homoparental.

Aclaremos que uno de los estudios analizados no fue facilitado por dicha organización, ya que llegó a nosotros debido a que los medios de comunicación lo señalaron como el primer estudio científico con una postura negativa hacia la posibilidad de que las personas lesbianas y gay adoptasen niños²⁵.

Con la información resultante de esta etapa, se creó un cuadro que resume las principales conclusiones a que llegan cada uno de los textos base²⁶.

²⁵ COLLINS, Lois M. "Studies challenge widely held assumptions about same-sex parenting", Deseret News (9 de junio de 2012), [en línea], disponible en: <http://www.deseretnews.com/article/765581831/Studies-challenge-widely-held-assumptions-about-same-sex-parenting.html?pg=2>, consulta: 18 de septiembre de 2012.

²⁶ Anexo 3.: Cuadro De Estudios sobre Niños Criados por Padres Gay y Madres Lesbianas y Familias homoparentales.

También es necesario anotar que debido a que las disciplinas dentro de las cuales se encuadran estos estudios se alejan significativamente del ámbito jurídico, por las herramientas metodológicas que este último utiliza, no nos ocupamos en nuestro trabajo de analizar, de forma detallada los parámetros²⁷ bajo los cuales se realizaron cada una de las investigaciones.

Cada uno de los textos utilizados incluye un aparte donde se explica cómo se llegó a las conclusiones, la metodología del estudio, los parámetros del mismo, su justificación y limitaciones, por lo que si se desea indagar con mayor profundidad sobre la fiabilidad de las fuentes se recomienda al lector dirigirse de forma directa a los mismos.

Se hace la advertencia que la gran mayoría de estos estudios fueron realizados fuera de Colombia (principalmente en Norteamérica y Europa), por lo que cabe la inquietud de si resulta idóneo trasladar las conclusiones de los mismos al caso colombiano, en particular si se toman en cuenta las distintas configuraciones culturales que rodean a los países donde se produjeron los textos y se contrastan con las de nuestro país.

En el mismo sentido, se alerta al lector que los resultados investigativos presentados en los estudios no son definitivos ni, mucho menos, finales y que pueden ser refutados por investigaciones posteriores; así pues, constituyen tan solo un paso –o muchos- en el proceso de construcción de conocimiento multidisciplinar que rodea el problema de la adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales.

No obstante lo anterior, consideramos que ante la falta de estudios de este tipo, al interior de nuestras fronteras, aquellos realizados en el extranjero pueden ser ilustrativos y aportar elementos importantes a la discusión de la adopción

²⁷ Representatividad de la muestra, tipología de las preguntas en casos de entrevista, características de la población objeto de estudio, entre otras.

homoparental en Colombia, por lo cual se incluyen dentro de los resultados que presentamos.

6. En la sección de entrevistas a personas e instituciones claves en el debate sobre la adopción homoparental tuvimos la oportunidad de conversar con: (i) Elizabeth Castillo, líder del grupo de apoyo a mamás lesbianas de la ciudad de Bogotá; (ii) Marcela Sánchez, directora ejecutiva de Colombia Diversa; (iii) Paula Rangel y Diana Guzmán, investigadoras del Centro de estudios DeJusticia²⁸; y (iv) Germán Humberto Rincón Perfetti, activista y apoderado de Turandot, Fedora y la niña Lakme dentro del proceso de tutela que se encuentra en curso en la Corte Constitucional.

Las entrevistas buscaban contextualizar la problemática de la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo y adoptantes individuales no heterosexuales en el caso colombiano, para lo cual se hizo imperioso conocer la visión de las personas que están tras la iniciativa de permitir la adopción de niños por personas con orientaciones sexuales minoritarias.

Explicada la metodología empleada en nuestra investigación, es este el momento de definir los objetivos de nuestro texto.

Para empezar, se subraya que nuestra intención no es realizar un análisis exhaustivo de la temática de la adopción de niños por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias.

Nuestro objetivo principal es tratar de dar claridad en los casos de adopción homoparental –sin referirnos a una situación concreta- a si es posible armonizar los principios del interés superior del niño y la necesidad de garantizar los derechos de las personas lesbianas, gay y bisexuales, principalmente el derecho a recibir un trato igualitario ante la ley y no ser discriminados, es decir, si en el marco de la adopción es posible satisfacer tanto los

²⁸ Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Organización no Gubernamental dedicada a la investigación, la pedagogía en derechos y al litigio estratégico.

intereses del niño como los de las personas no heterosexuales que quieren ser padres o madres.

Como objetivos secundarios hemos planteado: (i) determinar cómo se concreta el principio del interés superior del niño en la adopción; (ii) determinar si existe justificación suficiente para no permitir adoptar a las personas no heterosexuales; y, finalmente, (iii) determinar si impedir adoptar niños a las personas lesbianas, gay y bisexuales constituye un acto discriminatorio.

Al tener en cuenta la discusión nacional sobre la adopción homoparental que desde hace unos años vive el país, una aproximación al tema desde la academia resulta pertinente.

La universidad, como lugar donde se propicia el debate racional de ideas que conciernen a los asuntos de interés público no puede mantenerse ajena al debate sobre si debe o no permitirse la adopción homoparental. Esto justifica, desde nuestra perspectiva, un estudio como el que presentamos, que si bien no resuelve la cuestión de fondo, pretende dar elementos de juicio para abordarlo de manera mejor fundamentada.

Conforme con esta finalidad, como producto parcial de nuestra investigación se realizó una intervención ciudadana²⁹, de forma conjunta con la organización Colombia Diversa, dentro del proceso de constitucionalidad C-8916 “Donde se pone en examen de constitucionalidad al art. 68 (aparte) de la ley 1098 de 2006”. En la intervención se solicitó a la Corte declarar inexecutable el art. 68 (aparte) de la ley 1098 de 2006, referido a la idoneidad moral necesaria para adoptar³⁰ o, subsidiariamente, declararlo executable en el entendido que el término idoneidad moral no excluye a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar niños.

En el mismo sentido, conscientes de la necesidad de integrar los procesos investigativos y académicos con la misión de la Universidad EAFIT referida a la formación de la

²⁹ Anexo 4.: Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad de radicado D-8916; donde se pone en examen de constitucionalidad al Art. 68 (aparte) de la ley 1098 de 2006.

³⁰ VAGGIONE, Juan Marco, en: “Las familias más allá de la heteronormatividad” Cristina Motta y Macarena Sáenz, La mirada de los jueces 1, Colombia, Siglo del hombre Editores, 2008.

comunidad en derechos humanos, en nuestra calidad de estudiantes adscritos al consultorio jurídico de la Escuela de Derecho, realizamos dos charlas informativas en el marco de las Pre-jornadas de Derecho, Género y Sexualidad, sobre los últimos avances en derechos de población LGBT en Colombia y la unión marital de hecho para parejas del mismo sexo.

Una vez descrito nuestro proceso investigativo, se pasa a exponer la estructura del texto.

En primer lugar, se introduce al tema de la adopción de niños haciendo hincapié en su finalidad.

En este punto se hace un breve recorrido por la historia de esta institución vista desde la legislación y se incluyen referencias a los textos hallados en la búsqueda que hicimos de doctrina especializada en el tema de investigación.

En segundo lugar, se aborda el tema de la adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales desde la perspectiva del interés superior del adoptivo.

En esta sección se retoma la línea jurisprudencial sobre el principio del interés superior del niño en las sentencias de la Corte Constitucional, así como los textos relativos a este principio hallados en el rastreo de doctrina especializada; igualmente, se traen a colación los estudios multidisciplinarios mencionados de forma previa.

En tercer lugar, se examina la adopción homoparental desde la óptica del adoptante, y en esta sección se da cuenta de los hallazgos en la reconstrucción de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el tema de discriminación por orientación sexual o identidad de género, además, se incluyen referencias a otros textos de la reconstrucción doctrinaria.

Por último, se pasa a presentar las conclusiones de nuestra investigación, que se han nutrido de las entrevistas realizadas a personas e instituciones claves en el debate de la adopción homoparental.

1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CENTRO DE LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA.

El Código Civil Colombiano, en su versión original, señalaba que “La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar del (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza. El que hace la adopción se llama padre o madre adoptante, o simplemente adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado”.³¹

En esta versión primigenia de la institución, se señalaba que en virtud de la adopción se adquirirían los derechos y obligaciones de los hijos legítimos entre el adoptante y el adoptivo, lo que se debía a la pretensión de asemejar en cuanto fuese posible dicha figura a la paternidad biológica.³²

La legislación de aquel entonces impedía ser adoptante a quien estuviese bajo poder ajeno, exceptuado el caso de la mujer casada.³³ Así mismo, no podía adoptar quien tuviese menos de 21 años o no tuviese, por lo menos, 15 años más que el adoptivo, ni quien tuviese distinto sexo a este último.

De igual forma, no era posible para una persona con descendencia legítima adoptar a otra, y en caso de que la progenie legítima fuese sobreviviente, ello generaba la extinción de la adopción³⁴, que junto con la muerte del adoptante o del hijo adoptivo, la revocación con justa causa y el mutuo acuerdo, constituían las formas de terminación de la misma.

³¹ Colombia, Código Civil, art. 269.

³² En este sentido: MONROY CABRA Marco Gerardo, Derecho de familia y de menores, Colombia, Ediciones librería del profesional, 2001, pp. 123-164 ; MORALES ACACIO, Alcides, Lecciones de derecho de familia, Colombia, Leyer, 1997, pp. 82-307; SUÁREZ FRANCO, Roberto, Derecho de familia, Colombia, Temis, 1999, vol. 2, pp. 111-144; HENAO QUINTERO, Martha Lucia y GIL MARÍN, Luis Enrique, Derecho de familia. Políticas del Estado acerca del reconocimiento legal de la familia por su origen, Colombia, Señal Editora, 1995, pp. 102-113 y Angarita Gómez, Jorge, Lecciones de derecho civil, 4ta ed., Colombia, Temis, 1994, pp. 306-316.

³³ La mujer en Colombia adquirió plena capacidad jurídica en la administración de los bienes con la Ley 28 de 1932, y se ratificó la plenitud de su capacidad con el Decreto-Ley 2820 de 1974.

³⁴ “En vigencia del Código Civil la regulación de la adopción seguía marcadas influencias del Derecho romano y el Derecho francés; la primera corriente jurídica señalaba que la adopción tenía que imitar a la familia biológica, pues, se creía que la paternidad y la filiación sólo se fundaban en

Desde el punto de vista procedimental, para adoptar se requería permiso judicial, a más de la voluntad del adoptante y del adoptivo; si este último era menor de edad, también era necesario contar con la aquiescencia de quien debiera autorizar el matrimonio del niño y se exigía, además, que se practicaran medidas para la protección del patrimonio del adoptivo.³⁵

Hay elementos de los descritos que han llevado a algunos autores a sostener que la adopción en la regulación del Código Civil tenía un carácter contractual³⁶.

En nuestro modo de ver, las características señaladas permiten apreciar que en este momento histórico se buscaba con la adopción satisfacer intereses tanto del adoptante, como del adoptivo³⁷. Da cuenta de ello, por ejemplo, el carácter revocable de la institución, así como que no se exigiesen calidades especiales en el adoptante, más allá de la edad, que permitieran determinar si este era o no una persona idónea para recibir en su hogar a un niño.

La primera modificación al Código Civil que incidió en la legislación sobre adopción fue la Ley 140 de 1960, por la cual se sustituye el Título 13 del Libro Primero del Código Civil, sobre Adopción.

En esta etapa se continuó con la definición de adopción que contemplaba el Código Civil; sin embargo, se hicieron ciertas modificaciones que vale la pena mencionar³⁸: Para empezar, se señaló que la adopción generaba parentesco entre el adoptante y el adoptivo, pero que este parentesco no se extendía más allá de los sujetos que intervienen en la adopción. Asimismo, se dispusieron como requisitos para quien quisiera adoptar tener capacidad de ejercicio, tener el mismo sexo que el adoptivo y contar con licencia

el vínculo de sangre, y en ese orden sólo era dable cuando el adoptante no tenía descendencia legítima, caducando cuando al adoptante le sobrevivían hijos..." MORALES ACACIO, Alcides Lecciones de derecho de familia, Colombia, Leyer, 1997, p. 276.

³⁵ Art. 276 y 278 del Código Civil.

³⁶ AGUADO MONTAÑO, Eustorgio. Op. Cit., p. 1.

³⁷ MORALES ACACIO. Op. Cit., p. 276.

³⁸ MORALES ACACIO. Op. Cit., p. 280.

judicial, a más del consentimiento de adoptante y adoptivo, y de quien debiese dar el consentimiento a este último para casarse, si fuese incapaz de ejercicio.

Aquí se ve un fortalecimiento en la protección dada por la adopción al adoptado, pues fuera de la edad se exige también al adoptante capacidad de ejercicio, lo cual es apenas lógico si se tiene en cuenta que de no exigirse tal requisito las personas sin discernimiento hubiesen estado en capacidad de adoptar.

De igual forma, el requisito de la licencia judicial, así como el establecimiento de relaciones de parentesco entre adoptante y adoptivo, dan cuenta de una preocupación adicional del legislador por el adoptado.

El segundo cambio que sufrió la legislación sobre adopción se generó a partir de la expedición de la Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. A través de este articulado se dispuso como requisito para la adopción que el adoptivo fuese menor de 16 años y se encontrase en estado de abandono moral o económico.

Era el juez de menores el llamado a declarar la adopción y dar por terminada la misma si lo consideraba conveniente para los intereses del niño, caso en el cual debía mediar la opinión del defensor de menores, o el adoptante se lo solicitara antes de cumplidos dos años de iniciada la adopción.

La Ley 75 de 1968 prosiguió con la ampliación de las garantías del niño en el campo de la adopción, esto es patente al considerar las facultades que se da al juez de menores, no solo en cuanto a su potestad de terminar la adopción a solicitud del adoptante, sino también cuando lo considerase conveniente para el niño.

Ahora bien, la exigencia de que el niño estuviese en situación de abandono moral o económico por parte de los padres permite ver que la adopción se perfiló como una medida de protección para los niños abandonados.

Con la Ley 5ª de 1975, por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones, se hicieron cambios sustanciales a la institución.

Si bien en esta ley no se da un concepto claro de que es la adopción³⁹, sí se avanza en otras materias sensibles, como, por ejemplo, la relativa al establecimiento de dos tipos de adopción: simple y plena.

En la primera, se mantenía al adoptivo dentro de su familia de origen, por lo que se daba continuación a todos los efectos jurídicos provenientes del parentesco de sangre, y se generaba parentesco sólo entre adoptante y adoptivo y los hijos de este; en la segunda, se integraba de forma completa al adoptivo en la familia del adoptante, para lo cual era necesario sustraer al nuevo hijo de la familia de sangre, por lo que se generaba parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de este.

La misma ley determinó que para adoptar se requería que el adoptante tuviese una edad mínima de 25 años y con respecto al adoptivo tener 15 años más, así como contar con condiciones físicas, morales y sociales necesarias para suministrar un hogar al niño declarado en estado de abandono.

A paso seguido, señaló que la adopción de mayores de edad procedía sólo por excepción -cuando el adoptante hubiera tenido al adoptivo bajo su cuidado antes de cumplir este último los 18 años-.

En cuanto a los trámites, se dijo que la adopción requería ser declarada por sentencia judicial, que en el procedimiento debía contarse con el acompañamiento del defensor de menores y que se debían tomar medidas para proteger el patrimonio del adoptivo.

Los cambios introducidos por la Ley 5ª de 1975 son de gran importancia, pues permitieron ver un fortalecimiento progresivo y claro en la prevalencia de los intereses del niño en la adopción. Así, por ejemplo, determinar que la adopción de mayores de edad procede de forma excepcional, establecer vínculos de parentesco que trascienden al adoptante y

³⁹ PARRA BENÍTEZ, Jorge, Manual de derecho civil, 4ª ed, Colombia, Temis. 2002, pp. 456-468.

adoptivo (extendiéndose a la familia de sangre del primero y a los hijos del segundo, dependiendo del caso), el aumento de la edad requerida para adoptar (a 25 años), la exigencia en el adoptante de condiciones físicas, mentales y sociales que lo hagan idóneo para convertirse en padre o madre de un niño, así como la necesidad que este último hubiese sido declarado en situación de abandono por el defensor de menores –figura nueva, introducida para verificar que se satisficieran los intereses del niño-, da cuenta de que, a partir de esta regulación, es claramente el principio del interés superior del niño sobre el cual se estructurará la adopción en nuestro país.

La situación de paridad entre adoptante y adoptivo, que imbuía la regulación sobre adopción y que se traducía en la simpleza de requisitos exigidos al adoptante y la rapidez del trámite (al punto de permitir que se considerara a la adopción como un contrato), se deterioró lentamente.

La Ley 5ª de 1975 es un punto de quiebre en la historia de la adopción: en adelante, con la adopción se buscará dar protección al niño abandonado por medio de la provisión de una familia que le permita desarrollarse a plenitud.⁴⁰ Sobre el particular, Morales Acacio señala:

... La legislación nuestra con la Ley 5ta de 1975 comenzó a proteger con la adopción al adoptivo, para cumplir de esa manera con sus verdaderos fines. Reguló la ley en cuanto a los sujetos de la adopción, que para ser adoptante había que ser persona capaz, mayor de veinticinco años, quince años mayor que el adoptivo y estar en condiciones mentales, físicas y sociales hábiles para darle un hogar a un menor; esta concepción varió el objeto y esencia de la adopción, porque colocó como destinatario de la protección al menor y le señaló un límite de edad al adoptivo, que debía por regla general ser menor de 18 años.⁴¹

⁴⁰ “Desde cuando se expide esta ley, el legislador nuestro abandona los fundamentos tradicionales que con un criterio egoísta e individualista venían rigiendo la institución de la adopción, que no eran otros que los que se habían recibido por la influencia del derecho romano y el francés, ya explicado antes, y que en resumen consistía en favorecer al adoptante procurándole un sucesor, cuando no había podido tener un hijo legítimo, o llevándole un consuelo en su ancianidad; fines comunes en las legislaciones del mundo que regulaban esta figura jurídica.” Morales Acacio, . Op. Cit., p. 282.

⁴¹ A. MORALES ACACIO. Op. Cit., p. 282.

La tendencia de protección al niño por medio de la adopción continuó con la expedición del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor. En el art. 88 del Código se señaló que “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.”⁴²

El carácter irrevocable de la adopción, así como la referencia expresa a que constituye una medida de protección para la niñez abandonada, da cuenta del afianzamiento de la vocación protectora del niño que tiene esta figura jurídica. Ello se ve respaldado por la remoción que se hizo de la legislación sobre adopción simple (menos garantista que la plena), así como el hecho del establecimiento del parentesco civil entre el adoptante, adoptivo y los consanguíneos y adoptivos del primero.⁴³

Otro tanto puede decirse de la exigencia de idoneidad física, mental, social y moral en el adoptante, agregando este último requisito a las condiciones necesarias para adoptar.

El deber surgido del art. 126 del Decreto 2737 de 1989 para las agencias que lleven a cabo programas de adopción consistente en velar porque se garanticen los derechos de los adoptivos, así como la consagración del derecho de éste último a conocer su familia de origen, se aúnan a las consideraciones anteriores para dar paso a afirmar que con el Código del Menor se intensificó la tendencia de protección de los adoptados.⁴⁴ Conviene, en este momento, recordar las palabras de Morales Acacio:

⁴² “... Esta definición sigue la tendencia universal a considerar la adopción como medida de protección del niño. Así mismo, queda claro que no es un simple contrato sino que el Estado interviene para vigilar que se cumplan los requisitos legales, se consagra la irrevocabilidad de la adopción que es la tendencia mayoritaria, teniendo en cuenta el supremo interés del niño y los efectos psicológicos que pueden afectarlo al revocarse la adopción luego de un tiempo largo en que él se ha habituado a su nueva familia...” MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho de familia y de menores, Colombia, Ediciones librería del profesional, 2001, p. 138.

⁴³ Parra Benítez señala que el efecto de la adopción, además de crear parentesco civil, consiste en que el adoptante y el adoptivo adquieren los derechos y obligaciones que tienen los padres con sus hijos legítimos: autoridad paterna, patria potestad, derecho de alimentos y derechos sucesorales. J. PARRA BENÍTEZ. Op. Cit., p. 462-463.

⁴⁴ “Tal es hoy día la finalidad de la adopción: no rendir culto por los adoptivos o los adoptantes a sus antepasados, no suplir a la naturaleza y servir exclusivamente de consuelo a quienes carecen de hijos, sino procurar una condición legítima al ser que se ha instruido y por quien se tiene afecto

... la adopción tiene un objeto y una esencia. El objeto consiste en darle protección a un menor adoptado a quien se le dará el tratamiento de hijo para proporcionarle hogar por parte de los padres que serán los adoptantes y quienes, además, deberán facilitar el desarrollo integral del menor hasta su establecimiento, garantizándole por lo tanto, una buena dirección en la crianza, educación y en su formación, para enseñarle a ser adulto.

Y una verdadera esencia que se traduce en el establecimiento de un real y verdadero vínculo de parentesco entre adoptante y adoptivo, que se llama parentesco civil, legal o de adopción, mediante el cual estima el Código Civil en su artículo 50 que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en relación de padre, de madre y de hijo. Convirtiéndose la adopción en una medida de protección irrevocable de donde surgen los verdaderos vínculos de afecto y de parentesco de padres e hijos, basados en los hechos psíquicos de la personalidad social y moral, para solucionar la situación irregular del menor abandonado, o en peligro físico o moral.”⁴⁵

Ahora bien, otro cambio introducido en esta etapa, que no puede dejarse de lado, fue la permisión dada a las parejas heterosexuales no casadas que hubiesen convivido por lo menos tres años para adoptar niños; téngase en cuenta que antes la adopción conjunta solo era posible para los cónyuges.

Por último, podemos referirnos a la legislación existente hoy en el campo de la adopción, la cual se encuentra incorporada en la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Esta ley retoma la definición de la adopción incorporada en el Código del Menor.

De acuerdo al art. 53 del articulado, la adopción es una medida de restablecimiento de derechos; por medio de la adopción se establece parentesco civil entre adoptivo y adoptante que se extiende por todas las líneas y grados a todos los parientes afines,

semejante al que siente un padre por sus hijos de sangre.” SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de familia, Tomo II, Colombia, Temis, 1999, p. 113.

⁴⁵ MORALES ACACIO. Op. Cit., p.285.

consanguíneos y adoptivos⁴⁶, y se generan entre adoptante y adoptivo todos los efectos que la ley señala para las relaciones entre padre y madre e hijos.⁴⁷

Como medida de restablecimiento de derechos, la adopción procede cuando se haya declarado al niño en situación de vulneración de derechos, la cual habrá de concluir con la declaración de la situación de adoptabilidad.

Más allá de ciertos cambios en materia de procedimiento, el sistema de adopción de la ley 1098 de 2006 no difiere mucho del sistema del Decreto 2737 de 1989. La edad necesaria en el adoptante se mantiene; la adopción de mayores sigue siendo excepcional; se requiere que el adoptante tenga idoneidad física, mental, moral y social para darle un hogar al niño; se establecen medidas para la protección del patrimonio del adoptivo; se cuenta con la presencia del defensor de familia durante todo el proceso –esta figura reemplazó al defensor de menores-; se requiere de sentencia judicial para configurar la adopción; el niño cuenta con el derecho a conocer su familia de origen; pueden adoptar personas solteras, casadas y parejas no casadas –señaladas por la ley como compañeros permanentes-, aunque se debe anotar que bajo esta nueva legislación se redujo a dos años el tiempo de convivencia exigido a estas parejas para adoptar.

De esta sección es posible concluir que, en la legislación actual, el principio del interés superior del niño constituye el centro neurálgico de la adopción y que este principio se concreta en el derecho del niño a tener una familia, siendo esta la finalidad actual de la figura jurídica.⁴⁸ Da cuenta de ello el art. 73 de la Ley 1098 de 2006 al señalar que “Por programa de adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia”. Esta consagración en la ley es un desarrollo del art. 44 de la Constitución, el cual señala que es un derecho fundamental

⁴⁶ MONTOYA PÉREZ, Guillermo y MONTOYA OSORIO, Marta Elena, Las personas en el derecho civil, 2ª ed., Colombia, Leyer, 2007, pp. 62- 63.

⁴⁷ Colombia, Congreso de la República, Leyes, Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, Bogotá, 8 de noviembre de 2006, art. 64.

⁴⁸ SUAREZ FRANCO. Op. Cit., p. 120.

de los niños tener una familia⁴⁹, así como de múltiples instrumentos internacionales, sobre los cuales se hablará luego.

El momento actual de la adopción, su finalidad y alcance, es producto del progreso escalonado que desde las épocas del Código Civil ha tenido la preocupación por el bienestar de los niños.⁵⁰ Comprender que los niños, como sujetos de derecho en especial situación de vulnerabilidad, requieren de medidas de protección donde se privilegie su interés, es un paso indispensable para abordar el debate sobre la adopción por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales, como se pasa a explicar a continuación.

⁴⁹ Constitución Política de Colombia, art. 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

⁵⁰ Sobre las bases de la adopción en épocas del Código Civil, Naranjo Ochoa sostiene que... “Estos principios hicieron crisis en el curso de este siglo. Los nuevos estatutos de la adopción se estructuraron sobre nuevas bases y fines. Los fines de carácter individualista son sustituidos por motivaciones sociales, tomando en consideración los intereses del adoptado y de la colectividad, La imitación con la paternidad sanguínea es sustituida por contenidos espirituales y morales, en atención a que la sociedad está interesada en que todo menor tenga un hogar en donde pueda educarse y desarrollar su personalidad.” (sic) NARANJO OCHOA, Fabio, Derecho civil, personas y familia, Colombia, Librería jurídica Sánchez, 2003, p. 486.

2. LA ADOPCIÓN DE NIÑOS POR PARTE DE PERSONAS CON ORIENTACIONES SEXUALES MINORITARIAS VISTA DESDE EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Con claridad respecto a que el centro de la adopción está dado por el imperativo de hacer prevalecer el principio del interés del superior del menor de edad, y con la intención de hacer una lectura del problema de la adopción de niños por parte de personas con orientaciones sexuales distintas a la heterosexual desde la perspectiva de este principio, es preciso preguntar: ¿en qué consiste el principio del interés prevalente del niño? y ¿cómo se manifiesta en la adopción?

Para ello, se acudirá a la consagración normativa que instrumentos internacionales, la Constitución Política y la ley han hecho de este.

Con todo, se advierte que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y un caso fallado de forma reciente –Atala Riffo y Niñas vs Chile- en la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹, habrán de servir de guía principal para tratar de llenar de contenido al interés superior del niño. A continuación se pasa a explicar.

En Colombia, la jurisprudencia constitucional ha realizado esfuerzos significativos para establecer una serie de parámetros que permitan garantizar los derechos de los niños, basándose en criterios normativos consagrados tanto en la legislación nacional como internacional, con la finalidad de establecer el alcance y significado del interés superior del niño.⁵²

⁵¹ Si bien son varios los casos que han sido fallados en tribunales internacionales donde se ha abordado el interés prevalente del niño, se toma como referencia el caso de Atala Riffo y Niñas vs. Chile porque es el primer caso que involucra a la vez las variables orientación sexual e interés superior del niño que llega al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, al cual Colombia pertenece.

⁵² En esta sentencia la Corte conoce la demanda de inconstitucionalidad del numeral 3° del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, y declara la exequibilidad de la expresión demandada. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-840 de 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, 27 de octubre de 2010.

Este principio se ha incorporado como criterio rector del análisis constitucional y como guía hermenéutica⁵³ que debe ser aplicada en los casos donde se encuentren involucrados menores de edad. Al respecto, la Corte ha establecido que:

... el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.⁵⁴

Es así como la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3º, numeral 1⁵⁵, señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; de igual manera, la Convención Americana de Derechos Humanos indica: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”⁵⁶.

⁵³ Sentencia C-840 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁴ Una mujer interpuso acción de tutela debido a que había dado en adopción a su hija sin contar con un consentimiento plenamente informado. Sin embargo, la niña se encontraba en medio de un procedimiento de adopción para ser entregada a una pareja de extranjeros. La Corte afirmó que si bien en la mayoría de los casos se aplica una presunción a favor de la familia de origen, ésta presunción se suspende en los casos en los que los niños y niñas han sido entregados a los padres adoptantes, y ha desarrollado lazos afectivos que si son perturbados pueden afectar el interés superior del niño, aunque si bien la Corte realizó dicha manifestación, en la resolución del caso concreto consideró que aunque la niña se encontrara en un proceso de adopción dadas las irregularidades presentes en el mismo, se debían tutelar los derechos de la madre biológica Colombia, Corte Constitucional, Sentencias Sentencia T-510 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda, Bogotá, 19 de junio de 2003.

⁵⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, establece en su artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.

⁵⁶ Convención Americana de Derechos humanos, artículo 19. 22 de noviembre de 1969.

De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”⁵⁷.

Y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador-, determina:

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo⁵⁸;

Todos estos instrumentos internacionales hacen referencia, de forma directa o indirecta, al principio del interés superior del niño y a las garantías que los Estados parte deben prestar a los menores de edad al interior de sus fronteras; además, son solo algunos de los compromisos adquiridos por los Estados en la búsqueda de la protección de los niños a nivel internacional.

Colombia ha firmado y ratificado cada uno de los tratados antes mencionados, por lo que no resulta extraño que en el orden interno existan otras disposiciones que reafirman la posición del Estado sobre la necesidad de salvaguardar el interés prevalente del niño. Así, la Constitución Política de Colombia, en su art. 44⁵⁹- transcrito antes- da cuenta de la

⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24, numeral 1, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

⁵⁸ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, " Protocolo de San Salvador", artículo 16, Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁵⁹ Los derechos de los niños fueron consagrados por el Constituyente en el artículo 44 Superior, donde se establece como “derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la

importancia normativa que tiene el bienestar de los niños a nivel interno, al punto que señala de forma expresa cuáles son los derechos fundamentales de los niños, y establece una regla de interpretación, de conformidad con la cual, en caso de colisión entre los derechos del niño y los derechos de cualquier otro, se dará prevalencia a los primeros.

Ahora bien, conviene traer a colación el Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 7 ordena que se dé protección integral a los niños del país y aclara que por protección integral “Se entiende (...) el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato, en desarrollo del principio del interés superior”⁶⁰.

A renglón seguido, la Ley 1098 de 2006, art. 8, indica que “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”⁶¹.

De igual forma, el art. 9 indica que en caso de conflicto entre los derechos fundamentales de los niños y los de otra persona, prevalecerán los primeros, lo que confirma lo establecido en el art. 44, inciso segundo, de la Constitución Política.

Si bien hasta aquí se ha mostrado que tanto instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Carta Política y la legislación ordinaria consagran el principio del interés superior del niño y dan ciertos parámetros para entender en qué consiste dicho principio, en nuestro modo de ver, ninguna de estas fuentes da claridad sobre lo que ha de entenderse por este principio, es decir que fallan en llenarlo de contenido. La vaguedad en la consagración normativa, hace necesario acudir a otros recursos para

salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”

⁶⁰ Ley 1098 de 2006, art. 7.

⁶¹ IBID, art. 8.

aclarar su significado. Nuestra propuesta es apelar a la jurisprudencia de la Corte Constitucional para tratar de buscar precisión⁶². A continuación se da cuenta de los hallazgos.

La Corte Constitucional ha desarrollado en diferentes sentencias⁶³ el concepto de interés superior del niño⁶⁴, su alcance y la naturaleza prevaleciente de éste en el análisis y resolución de conflictos en los que se ven afectados los derechos de menores de edad.

El interés prevalente del niño, de conformidad con la Corte, establece el deber para el Estado de garantizar la plena vigencia de todos los derechos humanos de los niños y aplicar las normas del ordenamiento jurídico en armonía con estos derechos. El alto tribunal, en diferentes sentencias, ha señalado como rasgos esenciales de este principio las siguientes⁶⁵:

⁶² Si bien el concepto del interés superior del niño ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional, ello no quiere decir que no se hayan hecho aproximaciones desde otras fuentes del derecho, como la doctrina. Cfr. SAAVEDRA ROJAS, Edgar, *Compilación legislativa, doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor*, Tomo I. Código del menor, tratados y convenios internacionales, Colombia, Corte Suprema de Justicia, 1994.

⁶³ Anexo 5.: Cuadro de sentencias de la Corte Constitucional sobre el principio del interés superior del niño.

⁶⁴ No obstante el desarrollo jurisprudencial del que ha sido objeto el interés prevalente del niño, es del caso anotar lo siguiente: “El término ‘interés superior’ describe de manera general el bienestar del niño. A raíz que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que es el “interés superior” del niño. Por esta misma razón, el “interés superior” del niño debe de ser evaluado de manera individual, tomando en cuenta las características especiales de cada caso.” Hoja administrativa sobre protección y cuidado de los niños, proferida por la Agencia de la ONU para los refugiados (junio 2007) -ACNUR- Disponible [en línea]: www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6074 Fecha de consulta: 18/06/2012.

⁶⁵ La Corte negó la acción de tutela interpuesta por un ciudadano colombiano, quien buscaba quedarse con la custodia de su hijo, y que este no fuera enviado a vivir con su madre de nacionalidad norteamericana. En esta providencia la Corte analizó en detalle la primacía del interés superior del niño. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-412 de 2000, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, 10 de abril de 2000.

La Sala conoció el caso de una niña a la que no le estaba permitido visitar a su madre, debido a que esta última se encontraba en la cárcel. Se tutelaron los derechos de la menor de edad con base en la supremacía del interés del niño. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-408 de 1995. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, 12 de septiembre de 1995.

De igual manera, la Corte tuteló los derechos de una menor de 18 años quien solicitó la protección de sus derechos fundamentales frente a la negativa del ICBF de darla en adopción a sus padrinos dentro de un programa de acompañamiento de niños. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-587 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, 20 de octubre de 1998.

1. Debe ser real, es decir, debe tener como fundamento las verdaderas necesidades y particularidades del niño, aptitudes físicas y psicológicas.
2. Es independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo.
3. Dado que el interés prevalente del niño se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio.
4. Es imperativo demostrar que la búsqueda de la protección de los intereses del niño o redunda necesariamente en alcanzar un verdadero beneficio para él, consistente en su pleno y armónico desarrollo, es decir que no basta la simple afirmación de que se propende por la prevalencia de los derechos del menor de 18 años, sino que habrá de verificarse que, de forma efectiva, la decisión adoptada sea favorable para este.

La Corte, en relación con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, profirió la sentencia T-283 de 1994⁶⁶, allí indicó que dicho principio constituye un derecho fundamental que entró en vigencia desde la promulgación de la Constitución de 1991 y “que establece una garantía mayor para los menores y una responsabilidad especial del Estado en el cuidado y protección de sus derechos”⁶⁷.

Por otra parte, en la sentencia T-510 de 2003 se fijaron una serie de criterios que deben ser atendidos al estudiar situaciones en las cuales entren en juego los derechos fundamentales de menores de edad.

Estos dos elementos, uno de ellos de carácter fáctico y otro jurídico, ayudan a determinar el grado de bienestar del niño.⁶⁸ Las condiciones de carácter factico se refieren a “las

⁶⁶ La Corte conoció el caso de una niña que se encontraba en un procedimiento de declaración de abandono, para posteriormente solucionar un asunto de custodia entre sus padres de crianza. La Corte falló en contra de la peticionaria y ordenó que la infante no fuera entregada a su madre sin antes concluir el procedimiento de abandono iniciado por el Instituto de Bienestar Familiar. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-283 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, 16 de junio de 1994.

⁶⁷ IBID.

⁶⁸ Sentencia T-884 de 2011. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados”⁶⁹; las jurídicas tratan sobre “los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”⁷⁰.

El establecimiento de los mencionados criterios se hizo necesario debido a que son las autoridades administrativas y judiciales las llamadas a estipular el contenido del interés superior de los niños, contando con un “... margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés.”⁷¹

En la sentencia T-884 de 2011 la Corte determinó una serie de criterios que deben seguirse al momento de adoptar cualquier medida en beneficio de los niños en los casos concretos:

- (1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado.⁷²

⁶⁹ Sentencia T-510 de 2003. M.P: Manuel José Cepeda.

⁷⁰ Sentencia T-510 de 2003. M.P: Manuel José Cepeda.

⁷¹ La Corte Constitucional conoció en tutela los derechos de una mujer y su hija indígena quienes no convivían debido a una controversia presentada por inconsistencias en el acta de conciliación que reguló el tema de las visitas. La Corte tuteló los derechos de la niña y de su madre. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-001 de 2012, M.P: Juan Carlos Henao Pérez, Bogotá, 1 de enero de 2012.

⁷² La Corte tuteló los derechos de un padre quien se encontraba privado de la libertad y quien reclamaba la custodia de su hijo. La Sala concedió la acción bajo el entendido de que no tiene una decisión definitiva en lo concerniente a la custodia del niño. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-884 de 2011, M.P: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá. Citando los párrafos 4.1.1 - 4.1.5 de la sentencia T-397 de 2004, en dicha providencia la Corte Constitucional conoció el caso de una mujer invidente que reclamaba la custodia de su hija menor de edad, a quien le había sido retirada por el ICBF. La Corte amparó el derecho de la accionante, sin embargo, sometió su decisión a los resultados de diferentes estudios para determinar si la niña podía volver con su madre o si, en aras de proteger el interés superior de la niña, esta debía ser

Específicamente, la adopción vista desde el interés superior del niño, ha sido reseñada por la Corte como una medida de carácter subsidiario que se toma en beneficio de la persona adoptada “por encima inclusive del interés de quienes aspiran a ser sus padres adoptantes, con el fin de darle un entorno familiar apto para su desarrollo integral, ya que su propia familia biológica no cumple con las condiciones mínimas para ello, o representa un riesgo claro para su bienestar”⁷³.

Lo anterior no debe entenderse como que en la adopción siempre existen intereses contrapuestos entre el adoptante y el adoptivo, sólo que la finalidad de la institución y el principio del interés superior del niño hacen que en caso de colisión entre los intereses de uno y de otro, se privilegien estos últimos. Se tiene, pues, que la Corte al referirse al tema de la adopción y el interés prevalente del niño, ha dicho que este debe servir como guía hermenéutica de las normas que han de ser aplicadas en los procesos de adopción.

Este criterio interpretativo se conoce en la doctrina y la jurisprudencia con el nombre de principio *pro infans*, siendo este un corolario del interés superior del niño. La Corte ha utilizado el criterio interpretativo en variada jurisprudencia y ha determinado cómo ha de ser utilizado en la resolución de casos concretos:

El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio *pro infans*, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que

entregada en adopción. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-397 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda, Bogotá, 29 de abril de 2004.

⁷³ La sala plena de la Corte Constitucional conoció la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 4º del artículo 34 de la Ley 50 de 1990 modificatoria del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en esta providencia se declara la inexequibilidad de la expresión “*del menor de siete (7) años de edad*” contemplado en el artículo 236 ibídem en el entendido de que el negar el disfrute y pago de la licencia de maternidad, aduciendo la edad de los niños adoptados y privando a los adoptantes de dicha prestación, es una violación a los principios y derechos constitucionales fundamentales. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-543 de 2010, M. P: Mauricio González Cuervo, Bogotá, 30 de junio de 2010.

otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad. En esa medida, los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, axioma que desecharon los fallos cuestionados.⁷⁴

Ahora bien, la Corte Constitucional, en casos de adopción ha dispuesto que para la determinación del interés superior del niño se debe tener en cuenta las medidas de protección pertinentes para proteger sus derechos.

En el caso de aquellas medidas tendientes a remover al niño de su familia biológica es necesario ser riguroso al momento de establecer dicha medida como protección para el menor de 18 años. Así pues, la declaratoria de adoptabilidad del niño no puede responder a un capricho del funcionario de turno –defensor de familia-, sino que ha de ser justificado con argumentos de peso, que hagan procedente dicha declaración.

En la sentencia T-510 de 2003 la Corte estudió el caso de una mujer que buscaba revocar el consentimiento de dar en adopción a su hija. Dicha petición fue negada por el ICBF debido a que acorde con la normatividad que regía en aquella época -Código del Menor-, una vez transcurrido un mes contado desde que los padres consintieron en la adopción, este consentimiento se tornaba irrevocable. Después de realizar un análisis cuidadoso acerca del interés prevalente de la niña, la Corte tuteló los derechos de la demandante y ordenó al ICBF la entrega física y jurídica de la niña a su madre al considerar que se había violado el derecho al debido proceso, en razón a que el consentimiento de la madre para la adopción se había emitido sin que se le informase con claridad y suficiencia en que consistía esta institución, es decir, por no haberse contado con un consentimiento informado de la madre biológica.

En los casos de adopción, la Corte ha señalado el “carácter tuitivo y subsidiario”⁷⁵ de la misma en el ordenamiento jurídico colombiano. Es por ello que ha reafirmado que la adopción busca brindarle al niño el “establecimiento en una verdadera familia como la que

⁷⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-078 de 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, 11 de febrero de 2010.

⁷⁵ Sentencia T-510 de 2003. M.P: Manuel José Cepeda.

existe entre los unidos por lazos de sangre”⁷⁶, por lo que se establece para el adoptante la obligación frente al adoptivo de cuidarlo y “asistirlo, educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad”⁷⁷; y es a partir de lo anterior que se ha establecido la adopción “como un mecanismo primordialmente orientado a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto”⁷⁸.

Finalmente, se estableció en esta sentencia que el objetivo principal de la adopción es garantizar a los niños, que no pueden ser cuidados por sus padres biológicos, el derecho a pertenecer de manera “permanente e irreversible”⁷⁹, a una familia, con lo cual se cumple con el propósito del constituyente al consagrar en el artículo 42 Superior que “todas las hijas y todos los hijos deben ser tratados de la misma manera, independientemente de la forma como hayan llegado a la familia.”⁸⁰

Una vez concluido nuestro paso por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es preciso remitirnos a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸¹, de forma específica, al caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*.

⁷⁶ La Corte declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 94 del decreto 2737 de 1987, Código del Menor. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-562 de 1995, M. P: Jorge Arango Mejía, Bogotá, 30 de noviembre de 1995.

⁷⁷ Sentencia C-562 de 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía.

⁷⁸ IBID.

⁷⁹ Sentencia T-510 de 2003, M.P: Manuel José Cepeda.

⁸⁰ Sentencia C-840 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

⁸¹ Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha dicho que: “De conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato. La jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.” Colombia, Corte

Karen Atala es una mujer lesbiana con nacionalidad y residencia en Chile, quien se desempeña como jueza de instancia. Karen estuvo casada con un hombre y de esa unión nacieron tres hijas. La pareja se separó y las niñas empezaron a vivir con la madre. Atala inició una relación con otra mujer y empezaron a vivir en pareja con las niñas. Ante esto, el padre interpuso una demanda por la custodia de sus hijas y alegó que la relación lésbica de la madre afectaba negativamente a las niñas. Tanto en primera como en segunda instancia se falló a favor de la jueza. La Corte Suprema de Chile revocó ambos fallos y otorgó la custodia al padre porque, en su parecer, la orientación de la madre afectaba el desarrollo de las niñas y el padre otorgaba un mejor ambiente para que estas se criaran.

El caso llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- y luego fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH-, allí se condenó al Estado chileno por haber violado la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, por desconocer los derechos de Karen y las niñas a la igualdad y no discriminación, y a la vida privada y familiar. Además, condenó a Chile por haber violado el derecho de las niñas a ser oídas en juicio.

En las consideraciones del fallo del caso Atala Riffo se expusieron algunos planteamientos que desarrollan el principio del interés prevalente del niño, como se pasa a exponer.

Para empezar, la Corte IDH sostuvo que el principio del interés superior del niño tiene como fundamento la dignidad humana. Indicó además que, en casos relativos a la custodia de menores de edad, la decisión sobre que está en el mejor interés del niño ha de hacerse con base en la evaluación de los “comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”.⁸²

Constitucional, Sentencias, Sentencia C-355 de 2006. M. P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá, mayo 10 de 2006.

⁸² Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

La Corte Interamericana adujo que no es posible determinar el interés prevalente del niño con base en “especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”⁸³.

Así pues, bajo el imperio de la Convención Americana, la protección del principio del interés superior del niño ha de ser argumentada, no pudiendo sostenerse que se busca dar vigencia a dicho principio, en desmedro de derechos de terceros, sin cumplir con una carga de fundamentación suficiente donde se acredite que con la decisión tomada por el operador jurídico se está protegiendo al niño de una afectación real a su desarrollo y bienestar.

A continuación, expresó la Corte IDH que la simple afirmación de estar protegiendo el interés superior del niño no es suficiente para determinar que la custodia de un hijo no ha de darse a un padre o madre en razón de su orientación sexual, pues faltaría probar que existe un riesgo o menoscabo al bienestar del niño o por esta condición, que no puede ser abstracto sino concreto.

Se lee en la sentencia: “El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”⁸⁴.

Pero no se detuvo allí la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que señaló que no es admisible para un Estado justificar una desigualdad en el trato motivado por la orientación sexual en la posible discriminación por parte de terceros de que podrían ser objeto los niños pues, precisamente, la Convención Americana de Derechos Humanos establece para los signatarios el deber de propender por la erradicación de todas las

⁸³ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafo 109.

⁸⁴ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafo 110.

formas de discriminación, por lo que un Estado no puede escudarse en la intolerancia de las sociedades para perpetuar tratos discriminatorios⁸⁵.

En las consideraciones del fallo del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la Corte IDH tuvo oportunidad de señalar que la prohibición de discriminar a los niños con fundamento en sus condiciones de vida, también proscribe la discriminación de estos por las condiciones de sus padres o cuidadores, en desarrollo del art. 2.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁶ y señaló que tal situación se presentó en el caso objeto de decisión, pues se discriminó a las niñas con base en la orientación sexual de la madre.⁸⁷

Por último, la Corte IDH fue enfática en afirmar que el derecho de los niños a ser escuchados es tanto un derecho autónomo de estos, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, como un principio sin el cual no puede determinarse con claridad cuál es, en el caso concreto, el interés superior del niño⁸⁸.

Si bien el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile se refiere a un caso de custodia y no de adopción, en nuestro parecer, las consideraciones de la Corte Interamericana en el fallo pueden ser aplicadas a casos de adopción, en la medida que ambas figuras jurídicas se refieren a la situación de niños, específicamente, a la proximidad entre los padres y sus hijos.

Como ya se vio, la adopción tiene como finalidad salvaguardar el interés superior del niño, concretado en su derecho a tener una familia, y este último derecho se materializa, entre otros, por medio de la custodia del niño dada al padre, para que tal pueda proveerle los cuidados personales suficientes para su desarrollo integral y completo.

⁸⁵ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafo 119. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

⁸⁶ El artículo 2.2 de la Convención Sobre los Derechos del niño señala: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.” (subrayas propias).

⁸⁷ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafos 151, 154 y 155.

⁸⁸ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafos 197, 198 y 200.

De otra parte, las consideraciones de la Corte IDH y aquellas formuladas por la Corte Constitucional de Colombia, permiten apreciar que el principio del interés superior del niño establece un conjunto de deberes en cabeza del Estado, la sociedad y la familia tendientes a dar vigencia y eficacia a todos los derechos humanos de los niños, vistos como un todo. También se ha mostrado como este principio, si bien no cuenta con contenido claro y definido, sí se ve mediado por un conjunto de parámetros sobre como determinar las conductas que deben desplegarse en el caso concreto para asegurar el bienestar y desarrollo del niño. Asimismo, se ha dicho que el interés superior del niño se encuentra asociado a una regla hermenéutica o interpretativa conocida como principio *pro infans*, la cual establece que cuando exista en caso donde se encuentren en juego intereses de los niños, ha de tomarse la decisión que más garantías otorgue para sus derechos.

Con las claridades anteriores, se pasará a analizar la adopción de niños por personas con orientaciones sexuales minoritarias desde la perspectiva del principio del interés superior del niño.

El principio del interés prevalente del niño aboga porque las condiciones de vida que lo rodean sean tales que permitan su desarrollo integral. En este sentido, es preciso preguntarnos:

¿Cómo es el desarrollo de los niños criados por personas lesbianas, gay y bisexuales?

¿Existen diferencias sustanciales respecto a la crianza de niños en hogares heterosexuales y homoparentales?

¿Cómo se desarrollan los procesos de socialización, adaptación al ambiente escolar e inclusión en el mercado laboral?

¿La crianza de niños por padres gay, bisexuales o por madres lesbianas genera algún tipo de afectación psicológica, comportamental o de adaptación en los niños?

En búsqueda de respuestas para estas preguntas es necesario recurrir a disciplinas ajenas al derecho y a numerosos estudios e investigaciones que desde hace décadas han analizado la cotidianidad y efectos de la crianza de niños por parte de padres no heterosexuales.

De los hallazgos encontrados se pasa a dar cuenta a continuación⁸⁹, no sin antes aclarar que si bien se ha insistido en la necesidad de considerar el interés superior del niño en cada caso concreto y con atención a sus particularidades específicas, los estudios que se presentarán pueden servir para determinar si existe algún tipo de riesgo, así sea potencial, para los niños por el hecho de ser criados por padres gay, bisexuales o madres lesbianas.

El primer hallazgo importante que arrojan estos estudios es que, actualmente, ya existen niños que están siendo criados en hogares homoparentales. También señalan que no existe evidencia que permita afirmar que la orientación sexual determine la aptitud de una persona para la paternidad o la maternidad ni que los niños criados por padres no heterosexuales desarrollen algún tipo de trastorno o problema psicológico, psiquiátrico o comportamental por este hecho.

Se lee en uno de los estudios: “No hay diferencia sistemática entre padres gay y no gay en salud emocional, habilidades y comportamientos frente a la crianza. Ninguna evidencia ha señalado riesgo alguno como resultado de crecer en una familia con uno o más padres gay”⁹⁰. Afirman, eso sí, que la crianza en ambientes donde la preferencia sexual de los padres es aceptada y acogida incide de forma positiva en el desarrollo del niño.

⁸⁹ Se darán conclusiones generales de los estudios analizados. Los hallazgos específicos en cada uno de los estudios puede ser consultado en el Anexo 3.

⁹⁰ Traducción propia de: “... there is no systematic difference between gay and nongay parents in emotional health, parenting skills, and attitudes toward parenting. No data have pointed to any risk to children as a result of growing up in a family with 1 or more gay parents.” Committee on psychosocial aspects of child and family health, “Coparent or second-parent adoption by same-sex parents”, *Pediatrics*. Official journal of the American Academy of Pediatrics (2002. 2), [en línea], disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full.pdf+html>, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

A su vez, sostienen que los niños criados por padres o madres no heterosexuales no se encuentran más propensos a ser víctimas de abuso sexual, desarrollan relaciones normales con sus padres, sus pares y otros adultos⁹¹ y desarrollan conciencia de los distintos roles sociales de género, sin presentar confusiones en cuanto a estos.

Varios estudios concluyeron que los niños criados en este tipo de familias, al crecer, no desarrollan orientaciones sexuales distintas a la heterosexual con más frecuencia que los niños con familias heterosexuales, es decir que tener un padre gay o una madre lesbiana no hace que el niño al crecer desarrolle una orientación sexual de este tipo.

Muchos de los estudios terminan concluyendo que la evidencia científica actual da pie para pensar que niños con padres o madres con orientaciones sexuales minoritarias tienen las mismas expectativas vitales que aquellos que tienen padres heterosexuales. En palabras de la Academia Americana de Pediatría: se “reconoce que una cantidad considerable de literatura profesional provee evidencia de que los niños con padres homosexuales puede tener las mismas ventajas y expectativas en su salud, adaptación y desarrollo que los niños con padres heterosexuales”⁹².

Ahora bien, los hallazgos de algunos estudios parecen reflejar que los niños criados por padres no heterosexuales no se sienten dañados o afectados, una vez llegan a la adultez por tener o haber tenido un padre gay, bisexual o una madre lesbiana.

⁹¹ “Results of research to date suggest that children of lesbian and gay parents have positive relationships with peers and that their relationships with adults of both sexes are also satisfactory. The picture of lesbian mothers' children that emerges is one of general engagement in social life with peers, with fathers, with grandparents, and with mothers' adult friends—both male and female, both heterosexual and homosexual. Fears about children of lesbians and gay men being sexually abused by adults, ostracized by peers, or isolated in single-sex lesbian or gay communities have received no support from the results of existing research.” Charlotte J. Patterson, “Lesbian and Gay Parents and Their Children: Summary of Research Findings”, *Lesbian and Gay Parenting*, p.14, [en línea], disponible en: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx>, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

⁹² Traducción propia de: - “The American Academy of Pediatrics recognizes that a considerable body of professional literature provides evidence that children with parents who are homosexual can have the same advantages and the same expectations for health, adjustment, and development as can children whose parents are heterosexual.” Committee on psychosocial aspects of child and family health, “Coparent or second-parent adoption by same-sex parents”, *Pediatrics*. Official journal of the American Academy of Pediatrics (2002. 2), [en línea], disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full.pdf+html>, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

Las personas criadas en hogares homoparentales se consideran a si mismas tolerantes y abiertas a las diferencias, sensibles frente a la discriminación –particularmente la homofobia-, y tener ideas menos rígidas sobre la sexualidad y a las identidades de género.

Las conclusiones generales de los estudios leídos en desarrollo de nuestra investigación, pueden resumirse en la siguiente afirmación:

En otros países sí se han tomado la molestia de investigar el efecto que la educación en una familia homosexual tiene sobre los niños. Hay estudios para todos los gustos: los que estudian el desarrollo evolutivo de hijos de lesbianas, de hijos de gays, los que estudian la incidencia de la orientación sexual de los padres en la de los hijos, o las diferencias de socialización o de resultados escolares entre hijos de familias hetero u homosexuales, los que se fijan en cómo asimilan los niños la identidad de género, los que analizan la ausencia de figura masculina o los que lo hacen con la figura femenina,...Y los resultados de dichos estudios han sido una y otra vez los mismos: ningún efecto. Ni existe una particular influencia sobre la futura orientación sexual de los hijos ni se percibe ningún trastorno o deficiencia en la educación o el desarrollo psicosocial del niño educado en una familia homosexual...⁹³

Mención aparte debe hacerse del estudio desarrollado por Regnerus⁹⁴, quien sostiene que los niños criados por padres heterosexuales tienen mejores expectativas de éxito laboral, emocional y social que aquellos que fueron criados en hogares no heterosexuales.

Si bien, como se mencionó en la introducción, estos estudios no son concluyentes y están sujetos al estado actual de las disciplinas en las cuales se generaron, ello no significa que

⁹³ Jesús Generelo, Beatriz Gimeno y Belén Molinuevo, (Colectivo de lesbianas y gays de Madrid), "Dossier: "familias de hecho" (Informe sobre la realidad social de las familias formadas por lesbianas, gays y sus hijos/as)", (2000), p. 25, [en línea], disponible en: http://www.cogam.org/cogam/archivos/1437_es_Familias%20de%20Hecho.PDF, consulta: 23 de septiembre de 2012.

⁹⁴ Mark Regnerus, "How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study", Social Science Research (Julio 2012), [en línea], disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0049089X12000610>, consulta: 30 de agosto de 2012.

no tengan peso en materia de política legislativa o a la hora de decidir casos concretos de adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales. La existencia tanto de estudios a favor como de un estudio en contra da cuenta de la discusión existente en múltiples campos y disciplinas sobre los efectos de la paternidad y maternidad homoparental en los niños, lo cual fundamenta estudios como el nuestro.

De esta última sección puede plantearse como conclusión que existe una marcada tendencia a considerar que no existe riesgo para el bienestar y desarrollo del niño en materia de adopción por parte de personas no heterosexuales.

La existencia de un estudio en contra no permite deshacer dicha tendencia, más si se tiene en cuenta que los hallazgos de Regnerus aún deben ser convalidados por otros investigadores. Así pues, en nuestro parecer no existe evidencia suficiente para afirmar que en la adopción homoparental existe peligro para el bienestar del adoptivo, por el hecho de la orientación sexual de los adoptantes.

Con lo dicho, pasamos ahora a mirar la adopción de niños por parte de personas con una orientación sexual no mayoritaria, desde la perspectiva del adoptante.

3. LA ADOPCIÓN DE NIÑOS POR PARTE DE PERSONAS CON ORIENTACIONES SEXUALES MINORITARIAS VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ADOPTANTE

La adopción de niños por parte de personas no heterosexuales puede analizarse desde otro punto de vista distinto al de los intereses del adoptivo. El adoptante, como el otro extremo de esta figura jurídica, también tiene intereses comprometidos a la hora de adoptar.

Si bien se dijo antes, que la adopción pretende hacer prevalecer el interés superior del niño, ello no se opone a que pueda analizarse esta institución desde la perspectiva de quien adopta.

Con el ánimo de dar una visión más amplia de las complejidades que lleva inmersa la figura de la adopción homoparental, se pasa a hacer un análisis de la misma desde el adoptante, principalmente, desde los derechos del mismo a recibir un trato igualitario ante la ley y no ser discriminado por su orientación sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a que se garantice el respeto por su dignidad humana.

Para ello se hace un recorrido por la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la prohibición de discriminar por razones de orientación sexual o identidad de género.

Una vez cumplido este objetivo se pasará a retomar el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* en la Corte IDH pues guarda elementos importantes que no pueden pasarse por alto en cuanto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual e identidad de género que hace la CADH.

En el desarrollo de estos dos momentos expositivos se introducirán algunos apuntes provenientes del rastreo doctrinario.

La primera sentencia que expidió la Corte Constitucional sobre los temas de orientación sexual o identidad de género fue la T-594 de 1993⁹⁵, en ella el tribunal constitucional conoció el caso de una mujer transgenerista que quería cambiar su nombre masculino por uno femenino en una notaría y tal posibilidad le fue negada por un notario. La Corte Constitucional accedió a la petición de la quejosa de cambio de nombre con base en el reconocimiento de que ella tenía “derecho a la expresión de la individualidad”, derecho que a la vez reconoció la Corte como un bien inherente a la persona humana, salvaguardado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la Constitución), que encuentra como fundamento la “autonomía del hombre como persona”.

La sentencia señala que la esencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la facultad de “ser individualmente como [se] quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”.

Este pronunciamiento dio inicio a la primera etapa identificable en el proceso de reconocimiento de derechos de las personas LGBT en Colombia, caracterizada por integrar sentencias que reconocían derechos como individuos a personas con orientaciones sexuales o identidades de género minoritarias.

Esta primera etapa puede decirse que se extiende entre los años 1993 y 2007 y tiene como signo característico la interpretación dada por la Corte Constitucional a los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana en el sentido de salvaguardar los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas a recibir un trato igualitario al que se da a las personas heterosexuales.

Si bien la nota característica de este primer período es el progresivo reconocimiento de derechos como individuos, ello no significa que este haya sido un proceso lineal y sin ningún retroceso.

⁹⁵ Una mujer transgenerista de Cali interpuso acción de tutela contra un notario de esa ciudad porque éste se negó a hacer un cambio en el registro civil de la accionante, referido a la modificación de su nombre masculino por otro femenino. La Corte falló a favor de la quejosa. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-594 de 1993, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá, 15 de diciembre de 1993.

En múltiples ocasiones el máximo juez constitucional denegó acciones de tutela que buscaban la garantía de derechos de personas LGBT, esto ocurrió, por ejemplo, en la sentencia T-569 de 1994⁹⁶, en la que la Corte conoció el caso de un estudiante de secundaria que utilizaba prendas de vestir y maquillaje característicos de una identidad de género femenina. La Corte no sólo denegó la tutela impetrada sino que además señaló que las actitudes del estudiante transgredían las buenas costumbres y que en aquellos casos en que la expresión de la identidad de género o la orientación sexual atentase contra las normas sociales, escolares o generase indisciplina, esta no podía protegerse por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Este tipo de pronunciamientos no fueron escasos en la jurisprudencia constitucional de la época, muestra de ello es la sentencia T-097 de 1994⁹⁷, en la que el tribunal constitucional estudió el caso de un estudiante de una escuela militar acusado de haber incurrido en conductas homosexuales. Si bien la Corte tuteló los derechos del estudiante, señaló que existía una colisión de principios, estando por un lado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las minorías sexuales y por otro la necesidad de las instituciones castrenses de salvaguardar sus valores institucionales. Dijo la Corte que para ponderar dichos intereses se podía acudir a ciertos elementos de juicio, nombrando, entre otros, que la condición de homosexual del miembro de las fuerzas militares no fuera declarada ni manifiesta.

Esta misma línea, tendiente a proteger el derecho de las personas LGBT al libre desarrollo de la personalidad, siempre que la orientación sexual o la identidad de género no fuera públicamente declarada o manifiesta, fue seguida por la Corte Constitucional en

⁹⁶ Se conoció el caso de un joven menor de edad que utilizaba prendas de vestir y maquillaje propios de una identidad de género femenina, lo que llevó a que este fuera reprendido por las autoridades del Colegio donde estudiaba y que concluyó con el abandono del niño de las actividades académicas. Frente a esta situación los padres decidieron interponer acción de tutela. La Corte falló en contra del peticionario. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-569 de 1994, M. P.: Hernando Herrera Vergara., Bogotá, 7 de diciembre de 1994.

⁹⁷ Un estudiante de policía interpuso acción de tutela por violación a sus derechos fundamentales al buen nombre y al debido proceso porque se le expulsó de la escuela por supuestamente haber incurrido en prácticas homosexuales, lo que estaba tipificado como una falta contra el reglamento. La Corte tuteló los derechos del quejoso. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-097 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, 7 de marzo de 1994.

otras tutelas, como la T-539 de 1994⁹⁸, en la que la Corte señaló que “Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia.”⁹⁹ O la sentencia T-037 de 1995¹⁰⁰ en la que la Corte sostuvo que los actos de homosexualismo afectaban de forma grave la disciplina al interior de los centros de educación de las fuerzas militares, no estando en este sentido cobijados por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y debiendo ser objeto de castigo.

Fue en este primer período de reconocimiento de derechos en que la Corte Constitucional expidió la primera sentencia referida a la posibilidad de adopción por parte de personas con una orientación sexual no mayoritaria. En la sentencia T-290 de 1995¹⁰¹, conoció el máximo juez constitucional el caso de un hombre gay que había solicitado la adopción de una menor de edad que había quedado a su cuidado luego de ser abandonada por sus padres biológicos y a quien le fue retirada la custodia de la niña. La Corte en esta sentencia no se refirió a la orientación sexual del accionante como impedimento para la adopción¹⁰²; sin embargo, negó la tutela argumentando que el hombre no contaba con las

⁹⁸ Se interpusieron varias acciones de tutela contra el Consejo Nacional de Televisión para salvaguardar los derechos a la vida, a no ser sometidos a tratos degradantes, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, a informar y recibir información veraz e imparcial, a la honra y a la libertad de enseñanza y aprendizaje, en la medida que el Consejo Nacional de Televisión se negó a transmitir un comercial donde aparecían dos hombres besándose en desarrollo de una campaña para prevenir el contagio de VIH-SIDA. La Corte desestimó la acción de tutela. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, . Sentencia T-539 de 1994, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá, 30 de noviembre de 1994.

⁹⁹ Sentencia T-539 de 1994. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰⁰ Un estudiante de una escuela militar fue expulsado por, supuestamente, haber llevado a cabo actos de “homosexualismo”. Ante esto, el estudiante interpuso acción de tutela para lograr la revocatoria de la sanción. La Corte no tuteló los derechos del accionante. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-037 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá, 6 de febrero de 1995.

¹⁰¹ Un hombre homosexual de escasos recursos solicitó ante el ICBF la adopción de una niña abandonada que había estado bajo su cuidado por varios años, luego de ser dejada a su cargo por los padres, quienes no tenían intención de criarla. Como el ICBF consideraba que no se cumplían los requisitos para permitir la adopción, la negó. La Corte determinó que la tutela no debía prosperar por las paupérrimas condiciones de vida del quejoso. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-290 de 1995, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, julio 5 de 1995.

¹⁰² Conviene recordar los apuntes que Lemaitre hace sobre esta decisión: “Si hubo tensiones en la Corte en ese momento en las siguientes sentencias estas diferencias se empiezan a resolver a favor de una posición generalmente unánime de progresismo limitado. Veamos: con la Sentencia T-290/95 (M.P. Carlos Gaviria) el discurso de la Corte sobre la homosexualidad cambió. En esta

condiciones necesarias para proveer un ambiente sano que permitiera el desarrollo integral de la infante. Con todo, en esta sentencia la Corte Constitucional sí hace una aclaración que no puede pasarse por alto, consistente en que la Constitución Política no protege un único tipo de familia y que la familia puede conformarse tanto por vínculos jurídicos como naturales, frente a lo cual resalta además el derecho que tienen los niños a tener una familia.

Se lee en la sentencia:

Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos. Sin embargo, no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia -como ocurre en este caso con xx- es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo, mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional. Así se deduce del principio de primacía que la Carta Política dispone en favor de los derechos de los niños (art. 44), y se ha desarrollado legalmente en materia de protección al menor (arts. 3 y 6 del Decreto 2737 de 1989).

La Corte en este lapso comprendido entre 1993 y 2007 se refirió, además, a temas tan variados como la estabilidad laboral y el ejercicio de ciertas profesiones (T-277 de 1996, C-481 de 1998 y C-373 de 2002, T-152 de 2007); uso de espacios públicos y realización

sentencia se decidió el caso de un homosexual que alegaba que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) no le permitía adoptar a la niña que estaba a su cuidado por ser él homosexual. La Corte negó la procedencia de la tutela, pero no porque la decisión del ICBF se pudiera justificar por la homosexualidad del presunto padre adoptivo, sino por considerar que la decisión del ICBF no violaba los derechos del demandante, ya que no se basaba en su condición de homosexual, sino en sus condiciones de vida materiales que eran físicamente deplorables. Dijo además que si la decisión del ICBF hubiera estado motivada por la opción sexual del demandante, ello sería un caso de discriminación. Con esta decisión se da un paso hacia el progresismo de la Corte al insistir en la igualdad de homosexuales y heterosexuales.” LEMAITRE, Julieta, “Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso”, en: Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde, Hacia un nuevo derecho constitucional, Colombia, Universidad de los Andes, 2005, pp. 191-192.

desfiles (SU-476 de 1997, 268 de 2000 y T-301 de 2004); el derecho a la educación (T-101 de 1998 y T-435 de 2002), la pertenencia a los cuerpos de seguridad del Estado y la no posibilidad de sanción por motivo de la orientación sexual dentro de estos organismos (C-507 de 1999 y C-431 de 2004); los derechos a la dignidad humana y a la visita íntima al interior de los centros de detención carcelaria y penitenciaria (T-499 de 2003 y T-1096 de 2004); así como a la pertenencia a organizaciones del orden privado (T-808 de 2003).

Sobre el tema de estabilidad laboral y la posibilidad de ejercer determinados oficios, la Corte estableció que ni la orientación sexual ni la identidad de género pueden ser consideradas causales que justifiquen la terminación de un contrato de trabajo -T-277 de 1996-¹⁰³, pues ello sería atentatorio de los derechos a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y además del principio constitucional de la igualdad y no discriminación.

La guardiana de la Constitución se ha referido de forma particular al ejercicio de ciertas profesiones. En el caso de la docencia, se declaró que la norma que contemplaba como falta disciplinaria de la profesión docente al “homosexualismo” se basaba en una concepción de las orientaciones sexuales minoritarias como patologías, anormalidades o muestras de inmoralidad, que debían ser corregidas o curadas.

Con todo, reconoció la Corte que estas concepciones no tenían cabida en una sociedad pluralista y que considera que la diferencia es un valor, más cuando investigaciones científicas en el siglo XX llegaron a la conclusión que la homosexualidad no constituía una patología o anormalidad, llevando así a la eliminación de la condición homosexual de la lista de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud y de múltiples organizaciones nacionales de salud de distintos países.

¹⁰³ Un profesor de un jardín de infantil interpuso acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales a honra, buen nombre, igualdad y no discriminación, debido proceso, porque fue retirado de su trabajo a causa de su supuesta orientación sexual de hombre gay, ello debido a que no quiso acceder a las presiones de la directora del centro educativo que ordenaba que, para continuar en el cargo, debía exponer toda su vida privada frente a los padres de familia del jardín infantil. La Corte desestimó al tutela por considerarla improcedente. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-277 de 1996, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, Bogotá, junio 20 de 1996.

En la sentencia C-481 de 1998¹⁰⁴ la Corte Constitucional estableció que, en principio, dar un tratamiento distinto a las personas que tuvieran una orientación sexual no mayoritaria contradecía los mandatos constitucionales. Señaló la Corte que la orientación sexual es una categoría protegida por la Constitución, sea que tal elemento de la personalidad humana constituya un rasgo innato del sujeto que no se puede modificar ni ser elegido con libertad (caso en el cual se encuentra protegida por el art. 13 de la Carta Política cuando prohíbe la discriminación por razones de sexo) o que sea una elección hecha por el individuo de forma voluntaria (pues en este supuesto la orientación sexual estaría protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad).

Así pues, cualquier tratamiento diferencial fundado en la orientación sexual ha de pasar por un juicio estricto de proporcionalidad para poder considerarse ajustado a la Constitución, ello en virtud de que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación. Con estos fundamentos se declaró inconstitucional la norma que contemplaba a la homosexualidad como falta contra el ejercicio de la profesión docente. Se señaló en la sentencia:

En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anomalía patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP arts 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. Ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos

¹⁰⁴ Un ciudadano demandó el decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente, particularmente su artículo 46 que señala como causal de mala conducta del docente "El homosexualismo". La Corte declaró inexecutable la falta disciplinaria. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-481 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, septiembre 9 de 1998.

humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto[xlvi] es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación.¹⁰⁵

Tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte además en relación al tema del ejercicio de la profesión docente sobre dos posibles justificaciones para evitar que tal actividad fuera desempeñada por personas lesbianas, gay, bisexuales o transgeneristas: (i) que las personas con orientación sexual no heterosexual son más propensas al abuso sexual infantil y (ii) que el tener un maestro gay o lesbiana puede generar en los niños tendencias a desarrollar estas mismas orientaciones sexuales.

Sobre el primer argumento dijo la Corte que tal no pasaba de ser un prejuicio: “como no existe ninguna evidencia empírica de que los homosexuales tengan una mayor tendencia al abuso sexual con los menores, la exclusión de estas personas de la docencia es totalmente irrazonable”¹⁰⁶. Sobre la segunda señaló que tal afirmación desconoce el complejo proceso de desarrollo de la orientación sexual y la identidad de género de un sujeto, y que, además, no es constitucionalmente admisible señalar que el Estado tiene la obligación de evitar que las personas desarrollen una cierta orientación sexual.

El mismo razonamiento hecho por la Corte respecto al ejercicio de la docencia se desarrolló en relación a la práctica de la profesión notarial -C-373 de 2002¹⁰⁷-, donde además el juez constitucional señaló que no se podía imponer una sanción disciplinaria

¹⁰⁵ Sentencia C-481 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁶ Sentencia C-481 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁷ Se demandó por inconstitucional el art. 4 de la ley 588 de 2000, por la cual se reglamenta la actividad notarial. Esta remitía Decreto 960 de 1970 en materia de faltas. La Corte declaró constitucional el artículo demandado pero inconstitucionales apartes del decreto por consagrar como faltas, entre otras, realizar actos homosexuales. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-373 de 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño, Bogotá, mayo 15 de 2002.

por el hecho de ser homosexual, pues con la sanción se estaría censurando una forma de ser del individuo y no un ilícito sustancial contra los deberes de la actividad notarial. Se insistió además que la orientación sexual es un aspecto íntimo del individuo, que no incumbe al Estado.

En relación al tema del uso y disfrute del espacio público, la Corte, para empezar, ha sostenido que los derechos subjetivos no son absolutos sino que encuentran limitaciones en el orden jurídico existente y los valores esenciales de la vida comunitaria, dentro de los cuales se encuentran “el orden, la convivencia pacífica, la salubridad pública, la moral social” - SU-476 de 1997-¹⁰⁸.

A paso seguido indicó el juez constitucional -T-268 de 2000¹⁰⁹- que las limitaciones que representan los derechos de terceros y el orden constitucional para el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que justificarían la intervención del Estado, no pueden ser evaluadas de forma subjetiva por los funcionarios públicos sino que han de considerarse objetivamente, siendo procedente la intervención de la administración en aquellos casos en que las conductas del individuo efectivamente produzcan un daño social.

La Corte ha sido enfática en afirmar que si bien la orientación sexual, así como la identidad de género, corresponden a facetas de la esfera más íntima del individuo, ello no significa que tales características de una persona no puedan trascender a la esfera pública. Para la Corte resulta contrario a la Constitución tratar de evitar que la condición de gay, lesbiana, transgenerista u otra similar trascienda al entorno social aduciendo

¹⁰⁸ Un ciudadano interpuso acción de tutela debido a que en el sector donde reside con su familia existían muchos negocios dedicados a la prostitución, algunos de ellos transgeneristas, esto sin que se tomaran acciones por parte de la administración tendientes a erradicar lo que el actor identificaba como un problema. La Corte tuteló los derechos fundamentales del actor y emitió un conjunto de órdenes dirigidas a las autoridades de Bogotá para prevenir que este tipo de hechos siguieran sucediendo. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia SU-476 de 1997, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá, septiembre 25 de 1997.

¹⁰⁹ Un hombre, actuando en representación de la comunidad gay de Neiva, interpuso acción de tutela por considerar violados varios de sus derechos fundamentales, en la medida que se negó un permiso para realizar un desfile con las candidatas al reinado nacional gay aún cuando se había autorizado otros desfiles con ocasión de las fiestas de San Pedro. La Corte denegó la tutela por considerarla improcedente. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-268 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, marzo 7 de 2000.

como justificación que, de hacerlo, se vulnerarían intereses colectivos, pues ello sería atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de estos individuos.

Finalmente, sobre el derecho al uso y disfrute del espacio público, la Corte Constitucional ha manifestado que si bien no todo trato diferencial entre distintos grupos de personas se encuentra constitucionalmente prohibido, si existe una presunción de igualdad en el trato, por lo que para dar un trato diferenciado a dos grupos de personas es necesario presentar una justificación que se sustente en argumentos de peso y que logren controvertir tal presunción -T-301 de 2004-¹¹⁰. La Corte ha sostenido que se encuentran vedadas constitucionalmente aquellas diferenciaciones “cuya finalidad (análisis de consecuencias) sea la exclusión de grupos de personas tradicionalmente señalados, y la negación del ejercicio de sus derechos fundamentales.”¹¹¹, pues aunque se presente una justificación al respecto esta no contará con argumentos razonables que la hagan constitucionalmente admisible.

Pasando al tema de las instituciones educativas, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación a la discriminación por orientación sexual al interior de planteles educativos. La Corte ha sostenido en estos casos que dar un tratamiento distinto a estudiantes heterosexuales y no heterosexuales en cuanto al acceso a la educación contradice los mandatos constitucionales de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la educación.

En la sentencia T-101 de 1998¹¹² el juez constitucional dijo además que los actos de intolerancia por parte de otros miembros de la comunidad educativa en relación a las

¹¹⁰ Un hombre gay de Santa Marta interpuso acción de tutela contra el Departamento de Policía de Magdalena porque a él y a varios de sus amigos se les había prohibido estar en un determinado sector de la ciudad por su orientación sexual, y en una ocasión se les había detenido por esto. La policía sostuvo que existía una "orden central de destierro" respecto a esta población en esa zona de la ciudad. La Corte tuteló los derechos del accionante. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-301 de 2004, M. P.: Montealegre Lynett., Bogotá, marzo 25 de 2004.

¹¹¹ Sentencia T-301 de 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹² Dos estudiantes menores de edad interpusieron acción de tutela contra un colegio porque se les negó el cupo para continuar sus estudios en el plantel educativo debido a su orientación sexual minoritaria. Los estudiantes previamente habían dejado de estudiar en el sitio debido a su precaria situación económica. La Corte tuteló los derechos de los jóvenes y ordenó que se les guardara el cupo en la institución educativa oficial. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-301 de 2004, M. P.: Montealegre Lynett., Bogotá, marzo 25 de 2004.

personas LGBT no podían tenerse como argumento para restringir el acceso a la educación de los miembros de esta comunidad, pues este tipo de actos lo que hacen es demostrar una falla en el cumplimiento de los mandatos constitucionales por parte de las personas responsables de los procesos educativos en los distintos niveles de educación. En Conclusión, la orientación sexual no puede ser un factor que motive la toma de decisiones relacionadas con el acceso, calidad o prestación del servicio educativo, pues ello sería contrario a la Carta Política.

Esta misma línea de decisión jurídica fue seguida por la Corte en la sentencia T-435 de 2002¹¹³, donde la Corte Constitucional señaló que la libre opción sexual de los alumnos no puede ser coartada por una institución educativa bajo el argumento de inculcar unos determinados valores unificantes a los educandos. De forma adicional, ha dicho el fallador que no es dable a los colegios o instituciones educativas contemplar como faltas en sus manuales de convivencia conductas tales como “el homosexualismo” o “el lesbianismo”, pues ello constituiría una injerencia arbitraria en la vida privada de los alumnos, lo cual sería contrario al derecho a la intimidad de los estudiantes.

De otro lado, se ha abordado también el tema de la vinculación de las personas LGBT a los organismos de seguridad del Estado (Ejército, Policía Nacional, entre otros). Al respecto, el juez constitucional ha reiterado que los derechos a la libre opción sexual y al autónomo ejercicio de la sexualidad, se encuentran cobijados en nuestra Constitución por los derechos a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, no admitiéndose así injerencias externas, pues del ejercicio de estos derechos no se ven comprometidos ni el interés público ni se deriva de ello un perjuicio social -C-507 de 1999¹¹⁴-. Ha establecido

¹¹³ Un niña fue retirada del plantel educativo donde estudiaba bachillerato porque se sospechaba que consumía drogas y era lesbiana. La niña fue sometida a numerosos exámenes a pedido del centro educativo, de carácter sexológico y toxicológico luego de haber sido encontrada por la directora del colegio, fuera del centro educativo y extra-clase consumiendo cerveza con unas compañeras, las cuales no recibieron castigo alguno. Si bien la Corte no ordenó el reintegro de la estudiante, sí tuteló varios de sus derechos fundamentales. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-301 de 2004, M. P.: Montealegre Lynett., Bogotá, marzo 25 de 2004.

¹¹⁴ Un ciudadano demandó varios artículos del Decreto 85 de 1989, por el cual se reforma el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, por considerarlos inconstitucionales pues consagraban como falta contra el honor militar el asociarse, entre otros, con homosexuales, además de que contemplaba como falta disciplinaria el ejecutar actos de “homosexualismo”. La Corte dio parcialmente la razón del demandante y eliminó el “homosexualismo” o asociarse con homosexuales como faltas contra el honor militar. Colombia,

además que estas intromisiones en el derecho a la libre opción sexual de los miembros de las fuerzas militares resultan lesivas del derecho a la igualdad material, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, pues dar un tratamiento diferenciado a dos personas por su orientación sexual es una forma de doblegar a una minoría por sus preferencias.

La Corte ha determinado que ser lesbiana, gay, bisexual o transgenerista no puede ser considerado como una conducta antisocial ni puede ser tenida como una falta contra el honor militar, pues ello iría en contra de reconocer las opciones sexuales distintas a la heterosexualidad como proyectos de vida válidos al amparo de la Constitución.

En relación a la situación de las población LGBT reclusa en cárceles y penitenciarías, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien en contextos de privación legítima de la libertad algunos derechos se encuentran restringidos en su ejercicio, no por ello puede anularse el núcleo esencial de los mismos. Bajo este entendido, se ha reconocido el derecho que tienen los y las internas que pertenecen a la comunidad LGBT de acceder a la visita íntima con personas de su mismo sexo -T-499 de 2003-¹¹⁵.

La Corte ha señalado que una de las principales manifestaciones de la sexualidad se presenta en las relaciones sexuales y que estas se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual no puede verse afectado en su núcleo esencial por las penas privativas de la libertad en establecimientos penitenciarios ni por medidas de seguridad privativas de la libertad en cárceles.

Ahora bien, ha sido enfático el tribunal constitucional al indicar que la dignidad humana ha de ser respetada aún en los contextos donde se ha privado legítimamente a una persona de su libertad. Así pues, no es dable escudarse en la permanencia del individuo en una penitenciaría o cárcel para justificar la vulneración del derecho a la dignidad humana, que

Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-507 de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá, julio 14 de 1999.

¹¹⁵ El Defensor del Pueblo de la Regional Caldas interpuso acción de tutela en representación de dos internas de una cárcel de mujeres contra el INPEC, porque no se permitía que estas tuvieran visitas íntimas con sus parejas del mismo sexo al interior del centro de detención. Tanto los jueces de instancia como la Corte tutelaron los derechos fundamentales de las reclusas. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-499 de 2003, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, junio 12 de 2003.

en los términos de la sentencia T-1096 de 2004¹¹⁶ se compone de tres dimensiones básicas: (i) vivir como se quiera, (ii) vivir bien y (iii) vivir sin humillaciones.

Ha sostenido además la Corte que en los centros de detención carcelaria y penitenciaria no cabe ningún tipo de discriminación por motivos de sexo u orientación sexual. La Corte ha protegido los derechos a la seguridad personal, a la vida y a la salud de personas LGBT privadas de la libertad. Ha dicho la corporación que la protección de los derechos de estas personas en los centros de detención no puede hacerse por medio del sacrificio de su potestad de elegir con libertad su orientación sexual, pues ello sería lesivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La guardiana de la Constitución también se ha pronunciado sobre la pertenencia de personas LGBT a organizaciones privadas. Ha señalado la Corte -T-808 de 2003-¹¹⁷ que la orientación sexual no puede ser tenida en cuenta para bloquear el ingreso o permanencia de determinadas personas a organizaciones o clubes privados. Ha sostenido la Corte en estos casos que “si bien es cierto que una organización se rige bajo sus propios principios y reglamentos, también lo es que, no puede el reglamento interno de una asociación, ser arbitrario, discriminatorio y desconocer derechos protegidos constitucionalmente, pues, se repite esto le está prohibido inclusive a la ley.”¹¹⁸

Si bien la primera etapa identificable en el proceso de reconocimiento de derechos a personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas (reconocimiento de derechos como individuos) puede decirse que tuvo su principal desarrollo entre los años 1993 y 2007, ello no significa que luego de éste último año se hubiesen dejado de proferir sentencias que puedan considerarse como pertenecientes a este primer nivel de desarrollo jurisprudencial ni impide que a futuro existan impulsos posteriores en la materia.

¹¹⁶ Un hombre gay recluido en una cárcel del Tolima interpuso acción de tutela para que lo trasladaran de cárcel o cuidaran de él, ya que era sometido de forma constante a abuso sexual por otros internos y no sabía si era portador del VIH. La Corte tuteló los derechos del hombre y ordenó protección para él. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-1096 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, noviembre 4 de 2004.

¹¹⁷ Un hombre gay interpuso acción de tutela contra la asociación Scouts de Colombia por haberlo expulsado debido a su orientación sexual. La Corte tuteló los derechos del quejoso y ordenó su reintegro a la organización. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-808 de 2003, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, septiembre 18 de 2003.

¹¹⁸ Sentencia T-808 de 2003. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Luego de 2007, la Corte se ha pronunciado a favor de las personas LGBT en temas tales como el uso de prendas y maquillaje en cárceles y penitenciarías, que resulten acordes a la identidad de género -T-062 de 2011-¹¹⁹ de los y las reclusas; la necesidad de establecer una política pública nacional para la población con orientaciones sexuales e identidades de género minoritarias que “posibilite la socialización y coadyuve a la convivencia pacífica, cumpliendo también los deberes y obligaciones correlativas”¹²⁰ -T-314 de 2011-¹²¹; el derecho de los empleados a usar uniformes en el trabajo que resulten acordes su identidad de género u orientación sexual -T-492 de 2011-¹²²; la manifestación de afecto en público sin que puedan hacerse restricciones ilegítimas -T-909 de 2011-¹²³; y la posibilidad de que los hombres que tienen sexo con hombres donen sangre -T-248 de 2012-¹²⁴.

En los fallos reseñados, la Corte Constitucional basó sus decisiones en la identificación de la categoría orientación sexual como característica protegida por los principios de

¹¹⁹ Una mujer transgenerista recluida en una cárcel de Casanare, interpuso acción de tutela contra el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal, por considerar violados varios de sus derechos fundamentales. Argumentó la accionante que era perseguida por la guardia, siendo objeto de burlas y malos tratos, además de recibir amenazas de ser rapada. Adujo además que se le decomisaron implementos propios de su identidad de género. La Corte accedió a la tutela y dictó órdenes de carácter general y particular dirigidas a varios entes del Estado. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-062 de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, febrero 4 de 2011.

¹²⁰ Sentencia T-314 de 2011. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹²¹ A una mujer transgenerista se le negó la entrada a dos espectáculos que se llevaron a cabo en un hotel de Bogotá, según alegó la quejosa, debido a su identidad de género. La Corte denegó la tutela, pero exhortó a múltiples entidades estatales para que articularan una política pública nacional e integral LGBTI. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-314 de 2011, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá, mayo 4 de 2011.

¹²² Una mujer lesbiana sufrió un accidente de trabajo y la A.R.P. le solicitó al empleador que la reubicara en otras funciones pues le quedaron secuelas del accidente. El empleador la puso como vendedora y determinó que su uniforme de trabajo sería falda, aun conociendo que ella era lesbiana y no usaba faldas. Al negarse, el empleador la despidió y ella interpuso acción de tutela. La Corte tuteló los derechos de la quejosa. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-492 de 2011, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá, junio 28 de 2011.

¹²³ Una pareja de hombres gay fueron censurados y compelidos por los guardias de seguridad a abandonar un centro comercial en la ciudad de Cali porque hicieron manifestaciones de afecto en público. La Corte tuteló los derechos de los afectados. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-909 de 2011, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez, Bogotá, diciembre 1 de 2011.

¹²⁴ Un hombre gay interpuso acción de tutela contra una laboratorio privado por impedirle donar sangre debido a su orientación sexual. La Corte tuteló los derechos del quejoso y pidió una nueva reglamentación para la donación de sangre que no vulnere los derechos fundamentales de las personas GBT. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-248 de 2012, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub., Bogotá, marzo 26 de 2012.

pluralismo y protección a la diversidad incorporados en la Constitución, además de salvaguardada de forma concreta por los derechos al libre desarrollo de la personalidad e intimidad.

El juez constitucional ha insistido en que la categoría orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación, que para ser tenido en cuenta como elemento justificativo de tratamiento diferencial para dos grupos de personas requiere que exista un principio de razón suficiente para tal distinción, además que se cumpla con los requisitos del test estricto de proporcionalidad.

La guardiana de la Constitución ha recordado que si bien en ciertos contextos, como el carcelario, los derechos de las personas pueden verse restringidos o limitados de forma legítima, ello no puede llegar a lesionar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Determinó también en qué consiste un acto discriminatorio a la luz de la Constitución:

La discriminación puede ser entendida jurídicamente como aquella conducta o actitud dirigida de forma directa o indirecta a segregar, excluir o ignorar a un individuo o a una colectividad. Principalmente está enfocada en el trato de inferioridad fundamentado en prejuicios sociales o personales, lo cual trae como consecuencia el irrespeto y por ende la vulneración de los derechos humanos conexos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.¹²⁵

Se tuvo oportunidad de aclarar que para que exista un acto discriminatorio es necesario que, adicionalmente, concurren la falta de una justificación racional para dar el trato diferenciado a uno y otro sujeto o grupo, y la existencia de un perjuicio (que se presente un daño, se excluya a una persona de un beneficio o se impida el acceso a una persona a un bien de uso común o público).

La Corte Constitucional en la sentencia T-314 de 2011 sostuvo que si bien la prueba de los actos discriminatorios resulta difícil, no es imposible de probar. Ha señalado que es la persona de quien se alega haber incurrido en un acto discriminatorio quien tiene la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de discriminación que se genera al dar un trato

¹²⁵ Sentencia T-314 de 2011. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

diferencial a dos personas o grupos con base en un criterio sospechoso. Con todo, sí existe una carga mínima de prueba que pesa sobre la persona que aduce ser discriminada: “(i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo.”¹²⁶

Hasta aquí se han señalado las principales decisiones y razonamientos expuestos por la Corte Constitucional en lo que puede denominarse como la primera etapa de reconocimiento de derechos a las personas LGBT.

A continuación, se pasará a analizar la segunda etapa de este proceso, consistente en el otorgamiento de derechos a las parejas del mismo sexo en múltiples campos, tales como el patrimonial, de seguridad social, el sucesoral, entre otros.

Lo primero es advertir que si bien esta segunda etapa en el proceso de reconocimiento de derechos a las personas LGBT en Colombia se inicia con la expedición de la sentencia C-075 de 2007, antes de este trascendental fallo ya existían pronunciamientos de la Corte Constitucional, en su mayoría desfavorables, sobre la posibilidad de otorgar derechos a parejas del mismo sexo ya reconocidos a parejas heterosexuales. Dentro de estos antecedentes cabe recordar, por ejemplo, las sentencias C-098 de 1996¹²⁷, T-999 de 2000¹²⁸, T-1426 de 2000¹²⁹, T-618 de 2000¹³⁰, SU-623 de 2001¹³¹, T-349 de 2006¹³², C-1043 de 2006¹³³ y T-725 de 2004¹³⁴.

¹²⁶ Sentencia T-314 de 2011. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹²⁷ Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º y 2º de la ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. La Corte declaró la exequibilidad de las normas. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-098 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, marzo 7 de 1996.

¹²⁸ Una pareja de dos hombres gay, ayudados por el Defensor del Pueblo de Risaralda, presentó acción de tutela contra una EPS para que permitiera la afiliación al sistema de salud a uno de los hombres en calidad de beneficiario de su compañero del mismo sexo, pues él primero no contaba con capacidad económica para sufragar su propia seguridad social. La Corte no tuteló los derechos de los accionantes. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-999 de 2000, M. P.: Fabio Morón Díaz, Bogotá, agosto 2 de 2000.

¹²⁹ Un hombre gay, actuando como agente oficioso de su compañero, interpuso acción de tutela contra una EPS porque esta no quiso afiliar a su pareja en calidad de beneficiario al sistema de seguridad social en salud. Tanto él como su compañero eran portadores del VIH. La Corte falló en

Una vez se ha señalado la existencia de antecedentes de la segunda etapa de reconocimiento de derechos de las personas LGBT (reconocimiento de derechos como pareja), se pasa a continuación a abordar el cambio jurisprudencial que constituye el centro de esta segunda etapa.

Para ello habremos de referirnos a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación a derechos patrimoniales (C-075 de 2007); afiliación al sistema de seguridad social en salud (T-856 de 2007 y C-811 de 2007); derecho a recibir la pensión de sobrevivientes del compañero permanente del mismo sexo fallecido (C-336 de 2008, T-1241 de 2008, T-911 de 2009, T-051 de 2010 y T-592 de 2010); la posibilidad de recibir la porción conyugal en la sucesión del compañero permanente fallecido (C-283 de 2011); otros derechos otorgados a parejas heterosexuales que hasta ese momento no eran reconocidos a parejas del mismo sexo (C-798 de 2008 y C-029 de 2009).

contra del quejoso. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-1426 de 2000, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, octubre 19 de 2000.

¹³⁰ Se conoció el caso de dos hombres gay, ambos infectados por el VIH, uno de ellos cotizante al Instituto de los Seguros Sociales a salud y pensionado por invalidez en la misma entidad debido a que se encontraba en una fase avanzada del SIDA. Su compañero perdió el empleo y solicitaron que se permitiera su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiario de su pareja pensionada. El Instituto de los Seguros Sociales aceptó y concedió la pensión, cuando fueron a renovar los carnets, se encontraron con que se había revocado la afiliación. El otro hombre también está infectado por VIH y recibe de forma continua tratamiento con antiretrovirales, que no podía ser suspendido. La Corte falló a favor de los quejosos para proteger su derecho al debido proceso. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-618 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, mayo 29 de 2000.

¹³¹ Un hombre gay en Medellín interpuso una acción de tutela contra una EPS porque le negó la posibilidad de afiliarse al sistema de salud como beneficiario de su pareja del mismo sexo. La Corte falló en contra del recurrente. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia SU-623 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, junio 14 de 2001.

¹³² Un hombre gay infectado con VIH reclamó la pensión de sobreviviente de su compañero fallecido a causa del virus del SIDA. La entidad de pensiones negó la pensión y, al encontrarse sin trabajo, el quejoso interpuso acción de tutela. La Corte no tuteló los derechos del recurrente. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-349 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, mayo 5 de 2006.

¹³³ Dos ciudadanos demandaron el Art. 74, literal a), de la Ley 100 de 1993, por no incluir como beneficiario de la pensión de sobreviviente a la pareja del mismo sexo del fallecido. La Corte profirió un fallo inhibitorio. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-1043 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, diciembre 6 de 2006.

¹³⁴ Una pareja de hombres gay presentó una tutela contra el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por negarse a expedir la tarjeta de residencia en la isla a uno de ellos en calidad de compañero permanente del otro. La Corte falló a favor de los quejosos. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T- 725 de 2004, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, julio 30 de 2004.

La primera sentencia que reconoce derechos a las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas como parejas en nuestro país es la C-075 de 2007¹³⁵, en ella la Corte aborda de nuevo el problema jurídico de si las parejas del mismo sexo pueden o no constituir uniones maritales de hecho y conformar sociedades patrimoniales (este tema ya había sido abordado por la Corte una década antes en la sentencia C-098 de 1996). En esta ocasión, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas demandadas de la Ley 54 de 1990, bajo el entendido de que el régimen en ellas consagrado también aplica para las parejas del mismo sexo que se encuentren en una unión permanente y singular. La Corte tuteló en este sentido los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libre asociación, al mínimo vital y a la dignidad humana de las personas LGBT.

Para dar el giro interpretativo incorporado en la sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional señaló que para este momento, a diferencia de lo ocurrido en 1996, la finalidad de proteger a la pareja en condiciones de equidad cobraba mayor importancia dentro de los objetivos perseguidos por la Ley 54 de 1990, ello incluso por encima de la protección a la mujer y a la familia, objetivos señalados como sustento de la ley en la sentencia C-098 de 1996.

La Corte fue enfática en señalar que las parejas del mismo sexo afrontaban una situación precaria debido a la falta de regulación jurídica que existía respecto a esta materia en el país y que las necesidades de protección de estas parejas eran asimilables a aquellas que tenían las parejas compuestas por hombre y mujer, ello aunado a que ambos proyectos de vida eran opciones respetadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El fallador recalcó en esta sentencia que la falta de reconocimiento jurídico que hasta ese momento afrontaban las parejas del mismo sexo en Colombia no les permitía desarrollar un proyecto de vida pleno, aún cuando se les reconocieran derechos como individuos a las personas pertenecientes a estas minorías sexuales.

¹³⁵ Un grupo de ciudadanos demandó los art. 1 y 2 de la Ley 54 de 1990 por no incluir dentro de su regulación a las parejas del mismo sexo. La Corte declaró constitucionalmente exequible los artículos en el entendido de que el régimen de protección establecidos en la Ley 54 de 1990 también aplica a estas parejas. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-075 de 2007, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, febrero 7 de 2007.

Es preciso tener en cuenta que la Corte fue coherente en su argumento de que las parejas heterosexuales y las del mismo sexo tienen características diferenciales que no hacen imperativo dar un tratamiento idéntico a una y otra. Sin embargo, lamentó la falta de regulación existente en relación con este primer tipo de pareja y señaló que esta es una imperfección que puede ser objeto de censura constitucional. Este déficit de protección obtuvo por parte del juez constitucional el calificativo de violatorio de la Constitución, al punto que señaló que la falta de reconocimiento de derechos patrimoniales para las parejas del mismo sexo configuraba una lesión a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, a no ser discriminados y recibir un trato igualitario ante la ley, entre otros, por lo que procedió a la declaración de exequibilidad condicionada de los art. 1 y 2 de Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, para que se garantizase por medio de estas normas un mínimo de protección a parejas compuestas por dos hombres o dos mujeres.

Una vez proferida la sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional continuó en un camino de reconocimiento progresivo de derechos a favor de las parejas del mismo sexo.

En este sentido, se abordó el tema de la afiliación del compañero permanente del mismo sexo al sistema de salud en calidad de beneficiario del integrante de la pareja cotizante. Fue así como en la sentencia C-811 de 2007¹³⁶ la Corte reabrió el tema de la afiliación a salud sobre el cual ya se había pronunciado, entre otras, en la sentencia SU-623 de 2001.

En este nuevo episodio la Corte recordó que si bien la protección del sistema general de seguridad social en salud tiene un carácter familiar, la jurisprudencia de la Corte ya había hecho referencia al déficit de protección que afrontaban las parejas del mismo sexo en nuestro país.

¹³⁶ Un grupo de ciudadanos demandó la expresión "familiar" contemplada en el Art. 163 de la Ley 100 de 1993, que impedía afiliar al compañero permanente del mismo sexo en calidad de beneficiario al sistema de salud. La Corte declaró la norma condicionalmente exequible, bajo el entendido de que el régimen de protección en ella contenido aplica también a las parejas del mismo sexo. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-811 de 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, octubre 3 de 2007.

Al reconocer la violación de derechos que provenía de la imposibilidad de afiliar al compañero permanente del mismo sexo en calidad de beneficiario al sistema de salud, la Corte declaró exequibles las normas acusadas en el entendido que el régimen de protección contenido en el art. 163 de la Ley 100 de 1993 también aplicaba a las parejas del mismo sexo, pues de lo contrario se llegaría al punto de comprometer, incluso, los derechos a la salud y a la vida de las parejas del mismo sexo.

Al no pasar el test de proporcionalidad estricto, propio de este tipo de casos, y generar amenazas graves a los núcleos esenciales de numerosos derechos fundamentales de los cuales eran titulares las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas, la Corte procedió a corregir la omisión legislativa relativa y a declarar que sí es posible afiliar al compañero permanente del mismo sexo en calidad de beneficiario al sistema de salud en el régimen contributivo, siempre que, sin importar el tiempo que lleve la conformación de la pareja, comprobasen una convivencia singular y permanente propia de la unión marital de hecho por medio de una declaración ante notario, en los términos de la sentencia C-521 de 2007.

El precedente de la C-075 de 2007 no fue recogido únicamente por la sentencia C-811 de 2007, sino además por sentencias de tutela sobre el tema de salud, como la T-856 de 2007¹³⁷; con todo, aquí no se detuvo el avance de la Corte. Ésta prosiguió en su camino de reconocimiento jurídico por medio de la sentencia C-336 de 2008¹³⁸, por medio de la cual el tribunal constitucional otorgó a las parejas del mismo sexo el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes del compañero permanente fallecido, de la misma forma en que lo hacían las parejas heterosexuales que conformaban una unión marital de hecho.

¹³⁷ Un hombre gay interpuso acción de tutela contra una EPS por considerar violados los derechos fundamentales de su pareja del mismo sexo, la cual es portadora del VIH, debido a la negativa de la entidad del sistema de salud a afiliarlo como beneficiario del quejoso al régimen contributivo. Si bien la Corte declaró la existencia de un hecho superado, dijo que el compañero permanente del mismo sexo se podía inscribir como beneficiario en el sistema de salud. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-856 de 2007, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá, octubre 12 de 2007.

¹³⁸ Un grupo de ciudadanos demandó varios apartes de la ley 54 de 1990 y de la ley 100, por no incluir dentro de su protección a las parejas del mismo sexo, particularmente en cuanto a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. La Corte declaró exequibles las normas demandadas bajo el entendido de que su régimen de protección también cubría a estas parejas. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-336 de 2008, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández Bogotá, marzo 25 de 2008.

La Corte no solo retomó el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia C-075 de 2007 y reiterado en la C-811 de 2007, sino que, además, confirmó la que sería la regla de decisión en materia de derechos de parejas del mismo sexo en el país, al señalar:

... (i) La Constitución Política proscribe toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas; (ii) Existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) Corresponde al legislador establecer las medidas para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento; y, (iv) Toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente...¹³⁹

La Corte en la sentencia C-336 de 2008 hizo hincapié en la necesidad de reconocer la sustitución pensional a favor de las parejas del mismo sexo, pues de lo contrario se estarían vulnerando de forma indirecta los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la libre opción sexual, así como el principio de igualdad contenido en la Constitución, al dar un tratamiento diferencial a dos situaciones asimilables sin presentar ninguna justificación razonable para ello. Indicó el juzgador que el reconocimiento de la sustitución pensional para parejas del mismo sexo no afectaba la sostenibilidad del sistema de pensiones y que, por el contrario, sí coadyuvaba en la eliminación del déficit de protección constitucional que afrontaban estas parejas en el ordenamiento jurídico nacional.

Con todo, el tema de la sustitución pensional para parejas del mismo sexo aún estaba sin ser concluida. Lo anterior debido a que tanto la sentencia C-336 de 2008 como la T-1241 de 2008¹⁴⁰ y más adelante la T-911 de 2009¹⁴¹, afirmarían que para que proceda el

¹³⁹ Sentencia C-336 de 2008. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁰ Un hombre gay interpuso acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares porque se le negó la pensión de sobreviviente de su compañero del mismo sexo fallecido en 1999 (antes de la C-075 de 2007). La Corte denegó la tutela. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-1241 de 2008, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá, diciembre 2 de 2008.

¹⁴¹ Un hombre gay solicitó la pensión de sobreviviente de su compañero del mismo sexo fallecido y con el cual convivió 26 años. Esta fue negada por el Instituto de los Seguros Sociales, el cual se la concedió al hijo del difunto, ello debido a que el quejoso no probó la existencia de la unión marital

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se hacía necesario acreditar la existencia de la unión marital de hecho entre el finado y quien solicitaba la pensión de sobrevivientes por medio de una declaración ante notario.

La Corte Constitucional sostuvo además en esta última sentencia de tutela que al ser el reconocimiento de la orientación sexual homosexual un hecho de gran trascendencia social tanto para el sujeto que hace tal reconocimiento como para su familia, no era dable aceptar probado tal hecho sin la intervención y aceptación de las personas interesadas.

Adicionalmente, la Corte Constitucional señaló en dicha providencia que debido al art. 45 de la Ley 270 de 1996 –Ley Estatutaria de la Administración de Justicia-, los efectos de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional sólo se surtían hacia el futuro, a menos que se indicase lo contrario en la sentencia misma, por lo que sólo procedía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del compañero permanente superviviente del mismo sexo cuando la situación jurídica se hubiese configurado después de la expedición de la sentencia C-336 de 2008, es decir, cuando el fallecimiento del compañero permanente y la declaración de la unión marital de hecho ante notario hubieran ocurrido luego de la fecha en que tal sentencia fue emitida (16 de abril de 2008).

No obstante, esta postura interpretativa fue luego modificada por la sentencia T-051 de 2010¹⁴², la cual luego se vio reforzada por la sentencia T-592 de 2010¹⁴³. En la primera de

de hecho en los términos de la sentencia C-521 de 2007. El demandante sostiene que no cumplió con el requisito porque la fecha de la muerte de su compañero antecede a la C-336 de 2008 y a la C-521 de 2007. La Corte negó el amparo solicitado. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-911 de 2009, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá, diciembre 2 de 2009.

¹⁴² Se acumulan tres procesos. Son de hombres gay que reclamaron la pensión de sobreviviente de sus compañeros del mismo sexo fallecidos con anterioridad a la sentencia C-336 de 2008 y que no habían declarado sus uniones maritales de hecho ante notario. Además, a estos se les exigieron requisitos no contemplados en la ley para acceder a la sustitución pensional. La Corte tuteló los derechos de los quejados. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-051 de 2010, M. P.: Mauricio González Cuervo, Bogotá, febrero 2 de 2010.

¹⁴³ Un hombre gay portador del VIH, interpuso acción de tutela debido a que el Instituto de los Seguros Sociales le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de su compañero del mismo sexo fallecido, debido a que el momento de la muerte fue en 2005, antes de que se reconociera a estas parejas el derecho a la sustitución pensional. La Corte tuteló los derechos del accionante. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-592 de 2010, M. P.: Mauricio González Cuervo, Bogotá, julio 27 de 2010.

estas sentencias (que tuvo efecto *inter comunis*¹⁴⁴), la Corte Constitucional señaló que hay una interpretación más favorable que puede hacerse de la sentencia C-521 de 2007, referida a que la prueba de la unión marital de hecho por ella exigida (declaración de la unión marital ante notario) es un requisito que resulta aplicable para la afiliación al sistema de salud, pero no al sistema de pensiones, pues puede ocurrir que, por ejemplo, al momento del fallecimiento del pensionado, aún no se hubiese podido declarar la unión marital de hecho.

Por su parte, la sentencia T-592 de 2010 señaló que aún en aquellos casos en que el fallecimiento del compañero permanente hubiese ocurrido con anterioridad a la expedición de la sentencia C-336 de 2008, se debía proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la pareja del mismo sexo supérstite, pues de lo contrario se estarían violando, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

Es también en esta segunda etapa del proceso de reconocimiento de derechos a la población LGBT donde se emite la primera sentencia de constitucionalidad que reconoce el derecho de la pareja del mismo sexo de recibir la porción conyugal del compañero permanente fallecido. La sentencia C-283 de 2011¹⁴⁵ determinó que la finalidad de la

¹⁴⁴ El efecto *inter comunis* de las sentencias de tutela consiste en que la regla de decisión adoptada para la resolución de un caso concreto, se hace extensiva a otros casos que cumplan con los mismos supuestos fácticos que el caso fallado, aunque en ellos no se haya interpuesto acción de tutela. Este efecto es un desarrollo del principio de constitucionalidad de la igualdad. Al respecto ha dicho la Corte: "Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes." Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia SU-1023 de 2011, M. P.: Jaime Córdoba Triviño, Bogotá, septiembre 26 de 2001.

¹⁴⁵ Se demandaron varios apartes del Código Civil referidos a la figura de la porción conyugal por ser contrarios a numerosos artículos de la Constitución, especialmente al derecho a la igualdad y no discriminación, por cuanto se reconoce el derecho a la porción conyugal al cónyuge sobreviviente más no al compañero permanente en la misma situación. La Corte declaró exequibles los artículos en el entendido de que su régimen también aplica a los compañeros

porción conyugal es de carácter compensatorio y va enfocada a garantizar la protección del miembro de la pareja que hizo un proyecto de vida en común con el fallecido a tal punto de establecer lazos de solidaridad y apoyo mutuos, por lo que no habría justificación valedera para reconocer este derecho al cónyuge y no al compañero o compañera permanente del fallecido.

En la sentencia C-283 de 2011, la Corte identificó que la porción conyugal no es una institución que tenga como fundamento el vínculo matrimonial sino los lazos de solidaridad, afecto y ayuda mutua que unen a la pareja. Al mismo tiempo, señaló que los fundamentos que sirven de base para la figura de la porción conyugal aplican tanto para los cónyuges como para los compañeros permanentes del mismo o distinto sexo.

Finalmente, el fallador manifestó que no es la Corte Constitucional el órgano que en principio estaría llamada a reconocer derechos a las parejas del mismo sexo, puesto que este tema debería pasar por el órgano deliberativo por excelencia: el Congreso de la República. Empero, la Corte tomó en consideración que ya la jurisprudencia había venido señalado de tiempo atrás la necesidad de que el poder legislativo regulase jurídicamente las relaciones entre personas del mismo sexo en nuestro país, para subsanar así el déficit de protección identificado en las parejas compuestas por dos hombres o dos mujeres.

Es por ello que si bien la Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas que regulan la porción conyugal en el entendido que a esta también tiene derecho el compañero permanente del mismo sexo del fallecido, al mismo tiempo exhorta al Congreso para que legislara de forma sistemática y organizada sobre los derechos de estas parejas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora es preciso referirnos a las sentencias C-798 de 2008¹⁴⁶ y C-029 de 2009¹⁴⁷. En estas la Corte reconoce a favor de los integrantes de las parejas del mismo sexo múltiples

permanentes del mismo o distinto sexo. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-283 de 2011, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá, abril 13 de 2011.

¹⁴⁶ Una ciudadana demandó el delito de inasistencia alimentaria consagrado en el Art. 1 de la Ley 1181 de 2007, ello al considerar que este vulneraba la Constitución al no incluir a las parejas del mismo sexo dentro de su protección. La Corte declaró inexecutable la expresión únicamente del

posiciones jurídicas antes reservadas para aquellas personas que integraban una pareja heterosexual. Especial mención merece la sentencia C-029 de 2009, en la cual se demandaron en bloque casi una treintena de normas para lograr que su efecto se hiciese extensivo a las parejas del mismo sexo.

En este orden de ideas, es posible caracterizar la segunda etapa del proceso de reconocimiento de derechos de la población LGBT como de “asimilación”, puesto que tiene como nota particular la extensión, caso por caso, de derechos antes reconocidos solo a parejas heterosexuales a parejas del mismo sexo, ello siempre que se encontrara que respecto al caso concreto la situación de ambos tipos de pareja resultaba asimilable.

A su vez, cabe aclarar que el criterio de asimilación que utilizó la Corte en la sentencia C-029 de 2009 fue que ambos tipos de pareja se asemejan en la creación de un proyecto de vida común, con vocación de permanencia, unido por vínculos de solidaridad y afecto entre sus integrantes.

Luego de las consideraciones anteriores, es preciso referirnos ahora al momento actual en que se encuentra el mencionado proceso de otorgamiento de derechos a favor de la población LGBT: el reconocimiento de que las parejas del mismo sexo son una forma de familia¹⁴⁸ constitucionalmente protegida por el art. 42 de la Carta Política.

aparte acusado y extendió así la protección penal a las parejas del mismo sexo. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-798 de 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño, Bogotá, agosto 20 de 2008.

¹⁴⁷ Un grupo de ciudadanos demandó un conjunto amplio de normas porque protegían a la pareja heterosexual y no a las del mismo sexo. La Corte declaró múltiples apartes constitucionales en el entendido que su regulación también aplica a las parejas del mismo sexo. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-029 de 2009, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, enero 28 de 2009.

¹⁴⁸ Si bien para muchos darle estatus familiar a las parejas del mismo sexo constituye un avance jurídico importante, para otros no es algo que se deba celebrar: “La tendencia a incluir cada vez más parejas como familia ha sido criticada desde dos puntos de vista: en el marco de las políticas de ajuste estructural y el auge de la prioridad de la familia en la satisfacción de necesidades, esta tendencia parece favorecer una mayor concentración de los recursos y no su redistribución. Se ha señalado, por ejemplo, que las parejas homosexuales que se verían favorecidas con la ampliación de la noción de familia serían las que cuentan con más recursos económicos –tienen más derechos que se podrían distribuir-”. Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, En: Cristina Motta y Macarena Sáenz, *La Mirada de los Jueces*, Colombia, Siglo del Hombre, 2008, p. 284.

Para exponer esta sección se tomará en cuenta el cambio en la interpretación de la Corte Constitucional del art. 42 de la Constitución en el sentido que protege a las parejas del mismo sexo como una forma de familia.

A continuación, nos referiremos a la reformulación que, conforme al reconocimiento de los nuevos tipos de familia hecho en la sentencia C-577 de 2011, ha dado la Corte Constitucional del derecho a recibir la pensión de sobrevivientes del compañero permanente del mismo sexo fallecido (T-716 de 2011, T-717 de 2011 y T-860 de 2012). Para finalizar, se mencionará el otorgamiento de derechos hasta ese momento vedados o sin pronunciamiento expreso por parte de la Corte Constitucional en beneficio de las familias con integrantes lesbianas, gay, bisexuales o transgeneristas.

Sobre el proceso que llevó a la decisión de la Corte de reconocer como familia a las parejas del mismo sexo, lo primero es advertir que este no inició con la sentencia C-577 de 2011. Es preciso recordar que ya con anterioridad la Corte había dejado entrever una posición al respecto, por ejemplo, cuando a principios de la década pasada se negó a la posibilidad de afiliar a la pareja del mismo sexo del cotizante en calidad de beneficiario al sistema de salud o que el compañero permanente del mismo sexo recibiese la pensión de sobreviviente del pensionado fallecido, para lo cual adujo que la cobertura de los sistemas de seguridad social en salud y en pensiones otorgaban era de carácter familiar, donde no estaba contemplada la pareja del mismo sexo del cotizante; lo mismo ocurrió en otras situaciones como la sentencia C-814 de 2001¹⁴⁹, en la que la Corte determinó que no era dable dar niños en adopción a parejas del mismo sexo porque el tipo de familia que se protegía constitucionalmente era la heterosexual y monogámica, por lo que entregarle un niño a una pareja de dos hombres o dos mujeres no satisfaría el derecho del niño a tener una familia¹⁵⁰, que es precisamente la finalidad que se pretende con la adopción de niños.

¹⁴⁹ Se demandó el decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor. Se demandaron las expresiones "moral" y "la pareja conformada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años". La Corte señala que las parejas del mismo sexo no podían adoptar al no ser familias. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-814 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, agosto 2 de 2001.

¹⁵⁰ Sobre este punto conviene traer a colación las palabras de Lemaitre: "La Corte decide que la norma demandada es constitucional porque privilegia a la familia que califica además en esa sentencia como necesariamente heterosexual y monogámica. La pareja homosexual no puede

Se indicó en la sentencia:

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.

En realidad, la disposición que ocupa la atención de la Corte únicamente pretende proteger la familia constitucional, concediéndole el derecho de constituirse con fundamento en la adopción. No discrimina a las parejas homosexuales, como tampoco a ninguna otra forma de convivencia o de unión afectiva que pudiera llamarse familia, pero que no es la protegida por el artículo 42 de la Constitución. Por eso no puede ser considerada discriminatoria, sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar.¹⁵¹

Es decir que hasta el momento en que se expidió la sentencia C-577 de 2011 la posición oficial de la Corte Constitucional era que las parejas del mismo sexo no constituían familia, según el art. 42 de la Constitución.

adoptar (como no puede afiliarse al seguro) porque no es familia, no porque sus integrantes sean homosexuales, así la razón para no ser familia sea precisamente que sus integrantes son homosexuales. Por lo tanto, según los argumentos de la Corte, no se trata de un caso de discriminación. Para esta, la norma según la cual sólo pueden adoptar las parejas heterosexuales no puede ser considerada discriminatoria sino más bien, propiamente hablando, proteccionista de la noción superior de unión familiar. Esta afirmación implica que la superior unión familiar no es algo que puedan tener las parejas homosexuales.” J. LEMAITRE. Op. Cit., p. 203- 204.

¹⁵¹ Sentencia C-814 de 2001. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

La sentencia C-577 de 2011¹⁵² respondió a una demanda de inconstitucionalidad contra el art. 113 del Código Civil, que consagra la institución del matrimonio. Con la demanda se pretendía que la Corte Constitucional declarase que la pareja del mismo sexo podía acceder al matrimonio civil y que la procreación no era una finalidad esencial de la institución matrimonial.

El máximo juez constitucional en la sentencia se refirió en forma amplia al tema de familia. Sobre el particular señaló que la familia es una institución que se compone por vínculos naturales o jurídicos y que se funda en la solidaridad, amor y respeto mutuo de sus integrantes. Sostuvo, además, que si bien el matrimonio es una forma de conformar familia, no es de ninguna forma la única vía para tal finalidad, puesto que, por ejemplo, la unión marital de hecho también es una alternativa idónea para conformar una familia, que se une a muchos otros tipos de familia como las recompuestas, de crianza, entre otras.

La sentencia otorgó un carácter de derecho fundamental tanto al matrimonio como a la familia, señalándolas como manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dijo la Corte en esta oportunidad que ni la heterosexualidad ni la consanguinidad son características esenciales de la institución familiar, como si lo son el amor, el respeto y la solidaridad en la unión de vida que se establece entre los miembros del grupo familiar, los cuales resultan predicables de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Insistió la Corte en que:

Así las cosas, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de

¹⁵² Se presentaron sendas demandas de inconstitucionalidad contra el art. 113 del Código Civil, el art. 2º de la Ley 294 de 1996 y el art. 2 de la Ley 1361 de 2009, que acusaron de inconstitucional la expresión "de un hombre y una mujer" por excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio. Se demandó además la expresión "de procrear" del art. 113 del Código Civil. La Corte declaró exequibles las disposiciones demandadas y exhortó al Congreso para que regulara de forma sistemática los derechos de las parejas LGBT en un plazo de dos años. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-577 de 2011, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá, julio 26 de 2011.

afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia.

Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado.¹⁵³

Con todo, la Corte Constitucional señaló en la sentencia que si bien la heterosexualidad no es un elemento existente en todos los tipos de familia, el matrimonio como institución sí se encuentra ligado a la pareja heterosexual, pues así lo previó el constituyente al redactar el art. 42 de la Constitución.

A su vez, llamó la atención del fallador la falta de una institución contractual que permita a las parejas del mismo sexo unirse de forma permanente, lo que da cuenta de un déficit de protección constitucional en relación a estas parejas, que ha de ser resuelto por el poder legislativo.

Se hizo claridad sobre que la existencia de tal institución contractual, que permita solemnizar las familias compuestas por parejas del mismo sexo, no resultaría atentatoria de la especial protección constitucional que la Carta Política otorgó a la pareja heterosexual unida en matrimonio, pues no representa mengua alguna para la salvaguarda de los derechos de los cónyuges.

Conforme a esta comprensión, determinó el juzgador que correspondía exhortar al Congreso para expedir una ley que regulase en forma sistemática y organizada los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, por medio de la creación de una institución que permitiese formalizar y solemnizar estas relaciones, para

¹⁵³ Sentencia C-577 de 2011. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

lo cual tendría un lapso de dos años y que de no hacerlo las parejas del mismo sexo podrían acudir ante un notario para tales fines.

Con base en las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, se expidieron fallos posteriores que reformularon el derecho que tiene la pareja del mismo sexo a recibir la pensión de sobrevivientes dejada por el compañero permanente fallecido. En este sentido, la sentencia T-716 de 2011¹⁵⁴ señaló que si bien, en el pasado, la sentencia T-051 de 2010 había sostenido que no podían pedirse más requisitos a las parejas del mismo sexo que los exigidos a las parejas heterosexuales para permitir el acceso a la pensión de sobrevivientes, en razón de que ello comportaría una violación al derecho fundamental a la igualdad de estas parejas, esta justificación ahora se veía reforzada por el entendimiento de que la unión de dos hombres o dos mujeres que conviven en una unión marital de hecho, conforman una familia, pues ello implica que están cobijados por la protección especial que la Constitución otorga a la célula básica de la sociedad.

Esta línea argumentativa, establecida en la T-716 de 2011, se repite en otras sentencias como la T-717 de 2011¹⁵⁵ y la T-860 de 2011¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Se acumulan en esta sentencia de tutela dos casos. El primero es de un hombre gay a quien le fue negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente del mismo sexo porque el fallecimiento de este fue antes de quedar en firme la sentencia C-336 de 2008. El segundo caso es de una mujer lesbiana a quien le fue negada la pensión de sobreviviente de su compañera permanente del mismo sexo debido a que no hizo constar ante la entidad de pensiones la declaración notarial de unión marital de hecho. La Corte tuteló los derechos de los quejosos. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-716 de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, septiembre 22 de 2011.

¹⁵⁵ Un hombre gay de Medellín interpuso acción de tutela contra sentencia de un juzgado de familia, pues éste se negó a declarar una unión marital de hecho entre el quejoso y su pareja del mismo sexo fallecida debido a que no se aportó acta de conciliación o declaración ante notario donde constara la existencia de dicha unión. La Corte tuteló los derechos del quejoso. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-717 de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, septiembre 22 de 2011.

¹⁵⁶ Un hombre gay interpuso acción de tutela para que se le reconociera la pensión de sobrevivientes de su compañero del mismo sexo fallecido en el año 1998, el peticionario es portador del VIH. La Corte tuteló los derechos del quejoso. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-860 de 2011, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá, noviembre 15 de 2011.

Por último, la Corte Constitucional ha proporcionado nuevas posibilidades jurídicas a favor de las parejas del mismo sexo y las personas LGBT, con posterioridad a la expedición de la sentencia C-577 de 2011.

Las principales aluden al reconocimiento de que la pareja del mismo sexo tiene vocación hereditaria en la sucesión de su compañero permanente fallecido, en el segundo y tercer orden de la sucesión intestada, tal cual lo hace el cónyuge supérstite; y la insinuación de que la orientación sexual no heterosexual no es una condición que impida la adopción de menores de edad cuando tal se hace de forma individual.

Sobre la vocación hereditaria, la Corte Constitucional expidió la sentencia C-238 de 2012¹⁵⁷, en la que señaló que los compañeros permanentes del mismo o distinto sexo tienen la potencialidad de heredar a su pareja, pues la vocación hereditaria, tal como se establece en el Código Civil, obedece en su orden a un criterio familiar, y como ambos tipos de pareja (heterosexuales y del mismo sexo), una vez conforman unión marital de hecho, constituyen familia, no existe razón para que no puedan suceder a su pareja una vez fallezca.

La sentencia que da por concluida esta reconstrucción de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre derechos de población LGBT es la T-276 de 2012¹⁵⁸, que resolvió una tutela interpuesta por un hombre gay privado de la custodia de sus dos hijos adoptivos en razón de su orientación sexual. Si bien el juzgador al resolver el caso basó su argumentación en la vulneración de los derechos de los niños a tener una familia y a

¹⁵⁷ Un ciudadano demandó varias disposiciones normativas del libro tercero del Código Civil, referidas a las normas de la sucesión intestada, por considerar que tales eran inconstitucionales al excluir de la regulación a las uniones maritales de hecho conformadas por personas del mismo y distinto sexo. La Corte declaró exequibles las normas bajo el entendido de que su regulación también aplica a las uniones maritales de hecho heterosexuales o del mismo sexo. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia C-238 de 2012, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Bogotá, marzo 22 de 2012.

¹⁵⁸ Un hombre gay adoptó dos niños colombianos. Luego de finalizado el proceso de adopción, reveló a funcionarios del ICBF su orientación sexual. El ICBF inició un proceso de restablecimiento de derechos y mantuvo la custodia de los niños, al mismo tiempo, hizo denuncia penal contra el extranjero. Se interpuso una acción de tutela contra el ICBF por la violación de los derechos fundamentales del extranjero y sus hijos. La Corte tuteló los derechos de los niños. Colombia, Corte Constitucional, Sentencias, Sentencia T-276 de 2012, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Bogotá, abril 11 de 2012.

no ser separados de ella, así como hacer oídos y que sus opiniones fueran tenidas en cuenta al momento de tomar decisiones que los afecten, lo cierto es que la ausencia de pronunciamiento respecto a si la orientación sexual del padre adoptante puede ser considerada como vulneradora del principio del interés superior del niño o restringe la posibilidad de la adopción homoparental, permite entrever que este es un tema que aún está en discusión y que, al menos en cuanto a adopciones individuales de niños por parte de personas LGBT, parece tener los más argumentos a favor que en contra de permitir tales adopciones.

Es preciso recordar que la Corte ya había resuelto un caso referente a la adopción individual de una niña por parte de un hombre gay (T-290 de 1995). En aquel entonces la Corte tampoco expresó en forma clara si la orientación sexual no heterosexual del adoptante debía ser tenida en cuenta a la hora de tramitar una adopción individual de la niña.

En nuestro parecer estos silencios son indicativos de que no existe un criterio claro que permita resolver esta pregunta, por lo menos aún. Sin embargo, dichos silencios constitucionales permiten entrever que la postura más plausible es que la orientación sexual del adoptante no debe tenerse en cuenta a la hora de resolver este tipo de casos, pues de lo contrario no hay razón para que la Corte no se hubiese pronunciado al respecto, como lo hizo en otras oportunidades, como en la sentencia C-814 de 2001.

Hasta aquí se ha podido apreciar que el proceso de reconocimiento progresivo de derechos a las personas lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas en Colombia¹⁵⁹ ha

¹⁵⁹ Se llama la atención sobre que si bien la mejora en la situación que afrontan a diario las personas LGBT se ha hecho visible gracias a la jurisprudencia constitucional, ello no significa que en el plano extrajurídico no se hubiesen hecho avances importantes en la aceptación de la diversidad sexual como valor. Sobre esto Daniel Bonilla señala: “Finalmente, en el proceso de investigación se hizo evidente como en los últimos dos quinquenios ha habido un cambio notable en la manera como la sociedad colombiana percibe la homosexualidad. Este cambio se explicita particularmente en dos áreas. Por un lado, en la manera como los medios de comunicación se refieren o representan a la comunidad LGBT. Hoy en día es común que en la radio, prensa y televisión se haga referencia a lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas; cada vez más aparecen series, artículos o programas en donde los miembros de la comunidad LGBT son representados sin acudir a estereotipos que los vuelven unidimensionales; y el discurso que se utiliza en los medios para describirlos se aleja cada vez más de las categorías pecado, enfermedad y delito, y se acerca más a las de respeto y reconocimiento de la diferencia sexual. Por el otro, este

tenido tres etapas identificables: (i) el reconocimiento de derechos como individuos; (ii) el reconocimiento de derechos como parejas del mismo sexo; y (iii) el reconocimiento de derechos como familias. Ahora hemos de referirnos al tema de la discriminación por orientación sexual en el sistema interamericano de derechos humanos, para lo cual retomaremos el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.

La Corte IDH ha señalado que la orientación sexual es considerada como una categoría de discriminación prohibida por la CADH, calificativo compartido, entre otros, por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, la Corte IDH determinó que:

Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.¹⁶⁰

El mismo órgano dictaminó en el fallo reseñado que no es necesario que la decisión se base en forma exclusiva en la orientación sexual para que esta se encuentre prohibida por la CADH, pues para considerar que tal decisión constituye un acto discriminatorio basta “.. con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona”¹⁶¹.

Dentro de las consideraciones que se tuvieron en cuenta en Atala Riffo y Niñas vs. Chile también estuvo que al ser el caso de custodia de las dos niñas decidido con fundamento parcial en la orientación sexual de la madre, era al Estado al que le correspondía la carga

cambio social se evidencia en la consolidación de un movimiento político y social que visibiliza a la comunidad LGBT en la esfera pública del país y que promueve la defensa de sus derechos...” BONILLA MALDONADO, Daniel, “Igualdad, Orientación Sexual y Derecho de Interés Público. La Historia de la Sentencia C-075/07”, en: *Parejas del mismo sexo: el Camino hacia la Igualdad*, Colombia, Colombia Diversa y Universidad de los Andes, 2008, p. 22 y 23.

¹⁶⁰ Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párrafo 91.

¹⁶¹ Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párrafo 94.

de la prueba, en el sentido de acreditar que la toma de dicha decisión no constituía un acto discriminatorio prohibido en los términos de la CADH.

La Corte IDH fue clara en señalar que siempre que se vaya hacer una limitación de derechos con fundamento en la orientación sexual, el Estado tiene la obligación de probar con medios adecuados que dicha decisión no tiene un objetivo o efecto discriminatorio, pues de lo contrario la presunción de discriminación que se deriva de la utilización de una categoría prohibida no resulta desvirtuada.

Se lee en el fallo:

Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.¹⁶²

El caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sirvió también para aclarar que la prohibición de discriminar por orientación sexual establecida en la CADH no solo se refiere al hecho ser lesbiana, gay o bisexual, sino, además, a la exteriorización de esta situación.

Así mismo, la Corte IDH fue clara en afirmar que la orientación sexual además de estar protegida por el derecho a la igualdad también se encuentra salvaguardada por el derecho a la intimidad, por lo que no pueden hacerse injerencias externas sobre este aspecto de la vida de un individuo, a menos que se cumplan con los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.¹⁶³

¹⁶² *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 124.

¹⁶³ *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 165.

Con el panorama claro respecto a la proscripción de la discriminación por orientación sexual tanto en la jurisprudencia constitucional como en la interamericana, se pasa a concluir nuestro estudio.

La argumentación posterior se centrará en establecer si, de conformidad con los argumentos expuestos, es posible armonizar el principio del interés superior del niño con la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas lesbianas, gay, y bisexuales a la igualdad y no discriminación, a la dignidad humana y a la intimidad, ello en el marco de la adopción de niños por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA ARMONIZACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NECESIDAD DE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LESBIANAS, GAY Y BISEXUALES EN LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL

En esta sección reconstruiremos la argumentación expuesta a lo largo de los tres capítulos anteriores, para dar respuesta a los objetivos secundarios planteados en la introducción: (i) determinar cómo se concreta el principio del interés superior del niño en la adopción; (ii) determinar si existe justificación suficiente para impedir a las personas no heterosexuales adoptar; y, finalmente, (iii) determinar si no permitir a las personas lesbianas, gay y bisexuales adoptar niños constituye un acto discriminatorio.

Finalmente, se concluirá el texto al referirnos al objetivo principal planteado en la introducción del mismo.

Sobre el primer objetivo secundario, es preciso señalar que no cabe duda alguna que existe una marcada tendencia a hacer prevalecer el interés del niño en la adopción, la cual, si bien se remonta a las épocas del Código Civil, toma mayor relevancia a partir de la expedición de la Ley 5ª de 1975, pues se da primacía a la protección del adoptivo incluso sobre los intereses del adoptante.

Hoy la finalidad de la adopción es hacer prevalecer el principio del interés superior del niño.

A esta conclusión se puede llegar a partir de datos como la irrevocabilidad de la adopción; la procedencia de esta aún cuando el adoptante tenga descendencia y que tal no termina por esta causa; la exigencia al adoptante de una edad mínima, así como de idoneidad física, mental, moral y social para darle una crianza adecuada al niño; el establecimiento de parentesco civil entre adoptante y adoptivo, que se extiende por todas las líneas y grados a los parientes consanguíneos, afines y civiles de aquellos; la consideración de la adopción como una medida de restablecimiento de derechos que sucede a la declaratoria de un estado de vulneración de derechos y de adoptabilidad del niño por parte del

defensor de familia, así como el mismo establecimiento de esta última figura que ha de velar, entre otros, por los derechos de los niños en la adopción; la referencia a la adopción como última medida a la que se puede acudir para proteger los derechos del niño, que responde, por tanto, a un criterio de gradación; la necesidad de contar con el consentimiento informado de los padres para que resulte procedente la adopción; la reserva que pesa sobre todos los documentos relativos al proceso de adopción hasta por 20 años, a menos que el adoptivo desee ejercer la prerrogativa de conocer su familia de origen; y, por último, la necesidad de que la adopción sea declarada mediante sentencia judicial.

Por otra parte, de conformidad con la argumentación hecha en las dos primeras secciones del texto, es preciso señalar que el interés superior del niño consiste en un deber dirigido al Estado y a los particulares, e incluso a la comunidad internacional, consistente en el despliegue de todas las conductas necesarias para verificar que se dé plena vigencia a todos los derechos humanos de los niños, en un sentido global.

El interés superior del niño se encuentra asociado a otro principio conocido como *pro infans* que consiste en un criterio hermenéutico o interpretativo de disposiciones normativas, que señala que cuando los derechos de los niños se opongan a los derechos de los demás deberá dársele primacía a los primeros y que los enunciados normativos que componen el derecho interno e internacional han de ser interpretados de tal forma que den plena garantía al principio del interés superior del niño.

Sobre el principio *pro infans* hay que anotar que si bien este prevé una regla de decisión para aquellos casos en que no sea posible armonizar los derechos de los niños con los derechos de otra persona, eso no quiere decir que en estos casos no sea necesario hacer un ejercicio de ponderación para determinar si el sacrificio de los intereses de un tercero obedece a un principio de razón suficiente.

Lo anterior deviene de las características definitorias del principio del interés superior del niño, del cual el principio *pro infans* es un corolario, a saber: ser real y relacional, es decir, tener que determinarse en el caso concreto y con atención a las necesidades específicas del niño y sus capacidades, con independencia del arbitrio del operador jurídico que esté

obligado a hacerlo primar (carácter real); así como de predicarse en aquellos en que se está en un espectro de colisión de intereses jurídicamente tutelados (carácter relacional). Estas características hacen que para determinar el contenido particular del interés superior del niño deba acudirse a las condiciones fácticas (situación del niño) y jurídicas (estándares normativos sobre el bienestar de los niños) en cada caso concreto que deba resolverse por la autoridad competente.

También hay que recordar que tanto la Constitución Política como instrumentos internacionales señalan el derecho del niño a crecer en el seno de una familia. A nuestro modo de ver, ésta es la forma en la que se concreta el principio del interés prevalente en la adopción: al dar un niño en adopción a una familia se está satisfaciendo el derecho del niño a tener una familia donde pueda desarrollarse de forma plena e integral y recibir el cuidado, apoyo, amor y educación necesarios para alcanzar un grado óptimo de bienestar.

De otra parte, en relación al segundo objetivo secundario es menester retomar los estudios multidisciplinarios sobre los efectos que tiene en los niños ser criados por personas lesbianas, gay y bisexuales, así como algunos apartes imprescindibles de las secciones 2 y 3 del texto.

Los estudios aludidos, que se incluyen en el Anexo 3, son consistentes en señalar que no existe una relación entre la capacidad para ser un buen padre o madre y la orientación sexual del mismo, es decir, que los padres y madres no heterosexuales pueden ser tan buenos o tan malos como los demás. Estos estudios parten de una realidad: ya hay niños que han sido y están siendo criados por padres o madres con una orientación sexual minoritaria.

La gran mayoría de estos estudios señalan que no hay evidencia que indique que los niños criados por padres gay, madres lesbianas o bisexuales desarrollen algún tipo de patología o trastorno comportamental, psiquiátrico o psicológico, ni deficiencias emocionales.

Por el contrario, señalan que los niños de familias homoparentales se adaptan bien al entorno social y desarrollan relaciones normales con otros niños, familiares y adultos. La idea recurrente en casi la totalidad de los referidos estudios es que los niños criados por padres gay, madres lesbianas o bisexuales tienen las mismas expectativas de desarrollo integral que aquellos criados por padres o madres heterosexuales.

Esta conclusión ha sido recogida por instituciones de gran prestigio como la Asociación Americana de Psicología, Asociación Americana de Psiquiatría, Asociación Nacional de Trabajadores Sociales de los Estados Unidos de América y la Academia Americana de Pediatría.

En la mayoría de los estudios señalados en el Anexo 3¹⁶⁴ se indica que los niños criados en familias homoparentales tienden a ser más tolerantes, sensibles frente a la discriminación y a tener ideas más dúctiles respecto a los roles de género, sin que ello implique caer en una confusión sobre los mismos. También señalan que la orientación sexual de los padres no determina la de los hijos y que los niños criados por personas lesbianas, gay o bisexuales desarrollan orientaciones sexuales minoritarias en proporciones similares a los niños criados por padres o madres heterosexuales.

La marcada tendencia a sostener que no hay evidencia que permita inferir la existencia de alguna desventaja para los niños criados por padres o madres no heterosexuales, en comparación con aquellos criados por padres que sí tienen dicha orientación sexual, no se ve descartada por estudios como el de Regnerus, pues los hallazgos de este aún deben ser convalidados por otros profesionales de su área de conocimiento y siguen sin ser hallazgos concluyentes.

Ahora bien, la idea de que los niños van a ser discriminados o atacados por la orientación sexual de los padres tampoco parece justificar que se impida adoptar a las personas con una orientación sexual minoritaria. En primer lugar, porque no hay evidencia que permita afirmar que los niños efectivamente van a ser señalados por esta situación y, en caso que la hubiese, tampoco es justificación para impedir dicha posibilidad pues, precisamente, es

¹⁶⁴Ver estudios, filas 1 a 25.

deber del Estado como garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, proteger a los niños de todas las formas de la discriminación en su contra, sea que tal se fundamente en las condiciones de sus padres o en las características de los niños, así estas sean ajenas a su orientación sexual.

Es preciso señalar que el interés superior del niño ordena proteger a los niños de todas las formas de discriminación, mandato que no se limita a la protección frente a casos concretos de violación del derecho a la igualdad, sino que se extiende al deber del Estado, de los particulares y de la comunidad internacional de asegurar que el niño crezca en una sociedad donde no se persiga a las personas por sus condiciones vitales, dentro de las cuales se encuentra la orientación sexual.

Es así como el derecho del niño a vivir en una sociedad libre de discriminación hace imposible fundamentar una limitación a la adopción homoparental que se centre en la potencial victimización que pueden sufrir los niños en razón de la intolerancia respecto a la orientación sexual de sus padres.

En este orden de ideas, si la finalidad de la adopción como figura jurídica es prodigarle al niño una familia donde este pueda desarrollarse al pleno de sus capacidades, no es dable sostener que se opone al hecho de la adopción homoparental que dos hombres o dos mujeres que conviven en pareja y tienen un proyecto de vida común no son una familia, pues la Corte Constitucional ha señalado que las parejas del mismo sexo se encuentran protegidas como familias por el art. 42 de la Constitución, lo que hace improcedente este argumento.¹⁶⁵

Se aclara además que una persona lesbiana, gay o bisexual o una pareja del mismo sexo, no solo puede proveerle al niño una familia, sino que además esta familia puede cumplir

¹⁶⁵ En este sentido, Diana Guzmán y Paula Rangel (investigadoras de DeJusticia) señalan que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo como una forma de familia hecho en la sentencia C-577 de 2011 es otro paso en la ampliación del concepto de familia que desde hace tiempo viene haciendo la Corte Constitucional de Colombia. Ella ha reconocido, por ejemplo, que las familias de hecho tienen protección constitucional. Daniel Gómez-Mazo y Olga Patricia Velásquez Ocampo, Entrevista personal a Paula Rangel y Diana Guzmán (DeJusticia), 27 de junio de 2012.

con todas las condiciones necesarias para que se dé plena vigencia al interés superior del niño.

Como ha sido previamente indicado en la sección 2 del texto, referida a la adopción de niños por personas con orientaciones sexuales minoritarias desde la perspectiva del adoptivo, el Anexo 3 y esta sección, se ratifica que numerosos estudios científicos han refutado múltiples creencias que se tienen sobre las familias homoparentales. Se ha demostrado que un niño que tiene una familia homoparental no se encuentra en peligro de ser abusado por sus padres o madres, por el hecho de la orientación sexual de los mismos.

Se ha visto también que no existen razones concretas para pensar que dar un niño en adopción a una familia homosexual lo pone en riesgo de sufrir discriminación, que presumir la ocurrencia de actos discriminatorios contra el niño es *per se* un acto discriminatorio, y que aún si se llegasen a presentar conductas discriminatorias contra el niño, esto no es responsabilidad de los padres (no se puede responsabilizar por un acto discriminatorio a las víctimas, esto es, la familia homoparental), sino que es responsabilidad de quien realiza el acto discriminatorio y, en últimas, del Estado, como guardián de los derechos fundamentales.

Hay que hacer hincapié en que los niños que crecen en familias no tradicionales, donde uno o ambos padres son no heterosexuales, pueden desarrollarse a plenitud y construir proyectos de vida integrales y completos, tanto en la niñez como en la adolescencia y la adultez.

Esto va de la mano con el hecho de que las personas lesbianas, gay y bisexuales cuando desempeñan el rol de padres o madres han mostrado tener un comportamiento sexual, distribución de tareas domésticas, capacidad para lidiar con problemas familiares, habilidades parentales, capacidad de amar y proveer un ambiente de crecimiento adecuado para sus hijos, idénticos al que tienen las personas heterosexuales en el mismo rol. De esta forma, se tiene que las personas con orientaciones sexuales minoritarias pueden ser padres o madres idóneos para niños y niñas, legitimados por todas las razones ya expuestas.

Se llega a la conclusión que no parece haber razones de peso que justifiquen restringir la posibilidad de adoptar niños a las personas lesbianas, gay o bisexuales, por lo que se pasará a cumplir el tercer objetivo secundario de nuestra tesis.

Para determinar si impedir a las personas lesbianas, gay y bisexuales adoptar niños configura un acto discriminatorio, lo primero es señalar que la Ley 1098 de 2006, al referirse a los requisitos que ha de cumplir la persona que desee adoptar, no se refiere al tema de la orientación sexual.

Se lee en el art. 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia:

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

Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex-pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Como se constata, ni para la adopción individual, ni para la adopción conjunta, ni para la adopción consentida exige la ley como requisito que el o los potenciales adoptantes sean heterosexuales. La exigencia de requisitos no establecidos en la ley a una persona en un trámite frente a la administración, más cuando se trata de requisitos que se refieren a una

condición como la orientación sexual, constituyen una vía de hecho, que está prohibida por la ley.

Se aclara que no es posible sostener que el requisito de ser heterosexual se encuentra comprendido por la exigencia en el adoptante de idoneidad física¹⁶⁶, mental¹⁶⁷, moral¹⁶⁸ y social¹⁶⁹, ello porque la homosexualidad fue eliminada de la lista de enfermedades mentales de la Organización Mundial de la Salud en 1990, por lo que sostener que esta orientación sexual es una patología que excluye la idoneidad física o mental no es válido a la luz de la ciencia médica moderna. Ahora bien, en cuanto a la idoneidad moral, se recuerda que la Corte Constitucional ha señalado en más de una ocasión que tener una orientación sexual distinta a la heterosexual no constituye una falta moral ni va en contra de las buenas costumbres y que la homosexualidad en Colombia dejó de ser delito en el año 1980 con la expedición del Código Penal de ese año.

La Corte ha dicho que ser lesbiana, gay o bisexual es una opción de vida válida dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que no puede ser sujeta a reproche, esto referido tanto a la orientación sexual como característica del ser humano, como a la exteriorización de la misma. Finalmente, en cuanto a la idoneidad social, no existe fundamento para pensar que las personas no heterosexuales no cuenten con una estabilidad familiar, laboral o económica que les impida hacerse cargo de la crianza de un menor de edad.

¹⁶⁶ La idoneidad física consiste en que “El o los adoptantes deben hallarse en condiciones de salud suficientes que les permitan cumplir con la finalidad de la institución; no basta una situación económica solvente; es menester que el o los adoptantes sean personas de salud física buena y que no padezcan de enfermedad o defectos físicos que les impidan atender los fines propios de la institución”. R. SUÁREZ FRANCO, Op. Cit., p. 124.

¹⁶⁷ La idoneidad mental “Versa fundamentalmente sobre dos aspectos: la carencia de enfermedades mentales que puedan influir en la normal educación del niño y la madurez suficiente que permita al adoptante ejercer la obligación de ayuda, a semejanza de la paternidad legítima” R., SUÁREZ FRANCO, Op cit., p. 124.

¹⁶⁸ Respecto a la característica de la idoneidad moral se ha dicho que “Equivale esta exigencia legal a la disposición o suficiencia de la persona del adoptante de comportarse rectamente conforme a los principios éticos y morales” SUÁREZ FRANCO, Op cit., p. 124.

¹⁶⁹ La idoneidad social “Se refiere a la situación de estabilidad en que se hallen los adoptantes que les permita suministrar, aunque sea de manera sencilla, los goces de la paternidad y la maternidad; a los adoptantes les corresponde criar al adoptivo, para lo cual deben estar en un medio social apto para ello; deben suministrar la educación propia del hogar; además es menester de que dispongan de medios para completar la educación y formación intelectual del adoptivo, lo cual lograrán con una posición económica solvente.” (sic) SUÁREZ FRANCO, Op cit., pp. 124 y 125.

De vuelta a la orientación sexual, nos encontramos con que esta es una condición que se encuentra protegida por varios derechos fundamentales: el derecho a recibir un trato igualitario y no ser discriminado; el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a la intimidad y la vida familiar; y el derecho a la dignidad humana, sin importar si se considera que la orientación sexual se elige o es determinada con independencia de las preferencias del sujeto. La protección a las orientaciones sexuales minoritarias en nuestro ordenamiento jurídico se fundamenta, además, en el principio de pluralismo, según el cual las diferencias propias de los distintos sujetos o grupos de personas son un valor jurídicamente importante.

En el mismo sentido, se ha señalado tanto por la jurisprudencia constitucional como por la interamericana que la orientación sexual es una categoría prohibida o criterio sospechoso de discriminación, lo que deviene de que las personas no heterosexuales han sido un grupo discriminado y perseguido en forma constante a través de la historia.¹⁷⁰

Tener carácter de criterio sospechoso obliga a que siempre que se pretenda impartir un trato diferencial a dos personas o grupos en razón de la orientación sexual sea necesario someter la medida diferenciadora a un juicio estricto de proporcionalidad, donde ha de acreditarse: (i) que la política o decisión adoptada busca conseguir una necesidad social no solo importante sino imperiosa; (ii) que los medios elegidos para conseguir dicha finalidad no son solo conducentes sino (iii) necesarios, en el sentido que no existe otro medio para conseguir el objetivo buscado; y que existe una (iv) proporcionalidad en sentido estricto entre los beneficios que se derivan de la medida y los costos que ella implica en términos de derechos fundamentales, es decir que las consecuencias negativas obtenidas con la decisión o política “compensarán” las desventajas provenientes de su implementación.

En el caso de la adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales, si bien podría decirse que la limitación establecida para las personas con orientaciones sexuales no mayoritarias, en el sentido de no poder adoptar, obedece a la consecución de

¹⁷⁰ OSORIO VALENCIA, Yhony Alexander, Homosexualidad: ¡Una batalla por derechos en tiempos del siglo XXI!, Vademécum de Familia, 2012, p. 9-24.

un fin constitucionalmente imperioso -salvaguardar el interés superior del niño concretado en el derecho del adoptivo a tener una familia-, los medios elegidos para alcanzar tal fin no son siquiera conducentes, mucho menos necesarios, en la medida que tanto en la adopción individual como en pareja, las personas con orientación sexual no heterosexual pueden satisfacer el interés del niño de tener una familia.

Como se ha señalado a lo largo del texto, desde el año 2011 las parejas del mismo sexo son una forma de familia reconocida bajo los términos del art. 42 de la Constitución, por lo que no existe fundamento para señalar que al darle al niño una familia compuesta por dos hombres o dos mujeres que viven en pareja se está vulnerando el derecho del niño a desarrollarse en el seno de una familia.

Otro tanto puede decirse de los casos de adoptantes individuales: es familia tanto aquella conformada por un adoptante individual heterosexual, como aquella que se genera cuando una persona no heterosexual adopta un niño, pues la heterosexualidad no es una condición esencial para poder predicar la existencia de una familia.

Si con la adopción de niños por parte de personas lesbianas, gay y bisexuales se puede dar plena vigencia al principio del interés superior del niño -en la medida que se provee al adoptivo de una familia donde este puede desarrollarse a plenitud y recibir todos los cuidados que la ley y sus necesidades exigen- el medio seleccionado para alcanzar la finalidad propuesta es claramente inconducente. Al faltar la conducencia mucho menos puede hablarse de necesidad o proporcionalidad en sentido estricto, por lo que no se cumplen con los requisitos exigidos por el test estricto de proporcionalidad.

Sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por el test estricto de proporcionalidad no se logra romper la presunción de discriminación que pesa sobre la medida diferencial motivada por la orientación sexual, que a su vez es desarrollo de la presunción de igualdad de trato establecida tanto por la Constitución como por instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que se integran al derecho interno en virtud del art. 93 de la Constitución –Bloque de Constitucionalidad-.

Se hace hincapié en que si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que no todo trato diferencial se encuentra prohibido por la Carta Política, también ha señalado que sí existe en estos casos una presunción de discriminación que corresponde desvirtuar a la persona o institución que promueve la medida que genera dicho trato.

Al corresponder la carga de la prueba al Estado en cuanto al tema de la adopción homoparental, este ha debido acreditar por medio de instrumentos conducentes que existe una justificación suficiente que convalide el trato diferencial.

Como se vio antes, esta carga de la prueba es incumplida por el Estado colombiano, pues si bien sostiene que la adopción de niños por parte de personas no heterosexuales está prohibida, no ha acreditado que esta situación se sustente en un principio de razón suficiente. Al no existir datos que permitan sostener que este tipo de adopciones perjudica a los niños o los daña de alguna forma no se puede justificar el trato diferencial, siendo este, por lo tanto, violatorio de la Constitución al ser un acto discriminatorio.

La prohibición de adoptar niños existente para las personas lesbianas, gay y bisexuales es un acto discriminatorio porque es una conducta que excluye a un grupo de individuos del ejercicio de varios derechos sin una justificación razonable.

Si bien hay quienes sostienen que adoptar no es un derecho del adoptante, no es menos cierto que negar a una persona adoptar un niño por el mero hecho de su orientación sexual sí constituye una vulneración de un conjunto amplio de derechos fundamentales (igualdad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana e intimidad). Esta vulneración de derechos genera grandes perjuicios para las víctimas del trato contrario al ordenamiento jurídico, pues a más de excluirlos de un beneficio –como se puede considerar el hecho de adoptar un niño-, vulnera algunos de los elementos más sensibles de la vida de un individuo: la construcción de un proyecto de vida socialmente válido.

La carga mínima de prueba que recae sobre las víctimas de esta discriminación ha sido explicada a lo largo de este texto: (i) las personas lesbianas, gay y bisexuales son un grupo históricamente discriminado; (ii) otras personas que no pertenecen al grupo

discriminado han recibido un trato distinto –más ventajoso- en la misma situación: tanto las personas heterosexuales como las parejas compuestas por un hombre y una mujer pueden adoptar niños en nuestro ordenamiento jurídico; (iii) el daño proveniente del acto discriminatorio perdura en el tiempo: los proyectos de vida de muchos hombres gay y bisexuales, así como de mujeres lesbianas, se limitan al no poder desarrollar un proyecto vital pleno, al ser impedido su deseo de adoptar un niño.

Pero el acto discriminatorio no se refiere solo al adoptante, sino también a muchos potenciales adoptivos. Se ha mencionado más de una vez que es un hecho que existen muchos niños que están siendo criados por personas no heterosexuales, Colombia no es ajena a esta realidad: muchos niños pertenecen hoy a familias homoparentales.¹⁷¹

En aquellos casos como el de Turandot, Fedora y la niña Lakme, es decir, cuando el niño convive con su madre biológica y la pareja del mismo sexo de esta, a quien también reconoce como su madre, la imposibilidad jurídica de que este segundo padre o madre adopte al niño constituye a su vez una violación al derecho del niño a no ser discriminado por razón de las condiciones de sus padres. La falta de reconocimiento jurídico para este tipo de familias afecta no solo los derechos de los potenciales adoptantes sino también de los adoptivos.

Negarle a un niño la posibilidad que la figura a la que reconoce autoridad paterna tenga el carácter de padre o madre adoptivo, máxime cuando ello en vez de lesionar los intereses del niño va a salvaguardarlos, es un acto que no encuentra justificación, si se tiene en cuenta que en aquellos casos en que el padre o madre no biológico tiene un sexo distinto al del padre de sangre, la adopción consentida sí procede.

De nuevo, en estos casos se exige la heterosexualidad de la relación como requisito para la adopción aún cuando tal no está ni siquiera establecido en la ley, con la agravante que

¹⁷¹ Elizabeth Castillo, líder del Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas de la ciudad de Bogotá, señala que en los más de 10 años de funcionamiento que tienen el grupo, han pasado más de 500 madres lesbianas por este, además, indicó que existen muchas más que no han pasado por el grupo. Este es apenas un dato indicativo de la existencia de familias homoparentales en nuestro país. Daniel Gómez-Mazo y Olga Patricia Velásquez Ocampo, Entrevista personal a Elizabeth Castillo (Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas de Bogotá), 27 de junio de 2012.

se termina por discriminar no solo a los adoptantes, sino también a los adoptivos, por lo que con el pretexto de defender el interés superior del niño se termina discriminando incluso a estos.

En este último tipo de casos hay que advertir otro derecho reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional colombiano: el derecho del niño a ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta. En los procesos de adopción consentida debe escucharse al potencial adoptivo. No es posible determinar cuál es la situación más ventajosa para este sin tomar en cuenta su opinión y sentir. Si los niños ya tienen un núcleo familiar conformado, así este no tenga reconocimiento jurídico como en el caso que se plantea, debe consultarse su opinión antes de determinar *a priori* que no es procedente la adopción por el hecho de la orientación sexual de quienes, *de facto*, son sus padres.

Es patente entonces que la negativa a permitir la adopción homoparental en nuestro país constituye un acto discriminatorio que contraría tanto la Constitución Política como el Bloque de Constitucionalidad. Situación que, por lo demás, no arroja ningún beneficio social ni para los adoptivos, ni para los adoptantes, ni para terceros a los procesos de adopción.

La prohibición de que personas no heterosexuales adopten discrimina tanto a adoptantes como adoptivos que, pese al sentir de ciertos sectores sociales ajenos a las familias homoparentales, pueden o conforman familias, que merecen un trato idéntico en cuanto a dignidad y protección al que reciben las familias tradicionales.

Como conclusión global, se tiene que en la adopción de niños por parte de personas con orientaciones sexuales no heterosexuales es posible armonizar el principio del interés superior del niño y el respeto por los derechos de las personas lesbianas, gay y bisexuales. Esto se debe no solo a que es posible con la adopción homoparental satisfacer la finalidad de la adopción consistente en dotar a un niño de una familia donde pueda desarrollarse de forma integral, sino, también, porque ello puede hacerse sin necesidad de discriminar a las personas lesbianas, gay y bisexuales.

Si es posible satisfacer tanto los derechos del adoptivo como de los adoptantes en el marco de la adopción por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias, no se entiende por qué ha de mantenerse una situación que, sin generar ninguna ganancia, produce profundo sufrimiento a muchas personas.

Finalmente, queremos plantear una posible solución al caso de Turandot, Fedora y la niña Lakme, que se encuentra próximo a ser fallado por la Corte Constitucional.

En nuestro parecer, la solución que debería darse al caso por el juez constitucional es que se tutelen los derechos de las quejas, tanto al debido proceso, como a la no discriminación y el derecho de los niños a tener una familia.

Luego del estudio desarrollado, desde nuestra perspectiva, el caso reseñado no reviste mayor dificultad desde el punto de vista jurídico. No existen razones que justifiquen negar la adopción en este caso, pues el interés superior de la niña Lakme estará mejor preservado si es fallado a favor que si es fallado en contra por la Corte Constitucional.

La decisión del juzgador no versará sobre si la crianza de la niña estará o no a cargo de una pareja de lesbianas, sino si dicha crianza se hará con protección jurídica o sin ella, y no es un secreto que esta segunda posibilidad es menos satisfactoria en relación con la aplicación del principio del interés superior del niño que la primera.

Así las cosas, por todo lo expuesto, la Corte debería resolver, cuando menos, el tema de la adopción consentida de niños por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias a partir del caso de Turandot, Fedora y la niña Lakme, con un sentido de fallo positivo hacia la posibilidad de que las personas no heterosexuales adopten niños en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ABELIUK MANASEVICH, René, La filiación y sus efectos, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000, vol. 1, pp. 225-257.

AGUADO MONTAÑO, Eustorgio, La adopción. Evolución en nuestro ordenamiento jurídico, Cali, 20 de abril de 2007, s.d., pp. 1-54.

ANGARITA GÓMEZ, Jorge, Lecciones de derecho civil, 4ta ed., Colombia, Temis, 1994, pp. 306-316.

ARCE, JOAQUÍN, Y FLÓREZ- VALDÉS, El derecho civil constitucional, Madrid, Civitas, 1986, pp. 47-48.

BONILLA MALDONADO, Daniel, "Igualdad, Orientación Sexual y Derecho de Interés Público. La Historia de la Sentencia C-075/07", en: Parejas del mismo sexo: el Camino hacia la Igualdad, Colombia, Colombia Diversa y Universidad de los Andes, 2008.

BRANCA, Giuseppe, Instituciones de derecho privado, México, Porrúa, 1978.

BUENAHORA FEBRES-CORDERO, Jaime, La adopción. Implicaciones jurídicas y sociológicas, Colombia, Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, 1977, pp. 17-282.

CALVO GARCÍA, Manuel, y FERNANDEZ SOLA, Natividad., Los derechos de la infancia y de la adolescencia, España, Mira editores, 2000.

COLOMER, José Luis, Matrimonio, homosexualidad y nuevo derecho natural, en: Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces- Barba, Teoría de la justicia y derechos fundamentales, España, Dykinson S.L., 2008, pp. 318-345.

Colombia Diversa. Cartilla ¿Dónde está la diferencia? P. 8.

DIDUCK, Alison, Law's families. Reino Unido, Lexis Nexis, 2003.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel M, Derecho de familia, Argentina, Astrea, 1994, pp. 200-207.

HENAO QUINTERO, Martha Lucia y GIL MARÍN, Luis Enrique, Derecho de familia. Políticas del Estado acerca del reconocimiento legal de la familia por su origen, Colombia, Señal Editora, 1995, pp. 102-113.

JARAMILLO, Isabel Cristina, "Familia", En: Cristina Motta y Macarena Sáenz, La Mirada de los Jueces, Colombia, Siglo del Hombre, Tomo I y II, 2008.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El Nuevo derecho de familia: visión doctrinal y jurisprudencia, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas: Grupo editorial Ibáñez, 2010.

LEMAITRE, Julieta, "Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso", en: Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde, Hacia un nuevo derecho constitucional, Colombia, Universidad de los Andes, 2005, pp. 181-217.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho de familia y de menores, 7ª ed., Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 2001, pp. 123-164.

MONTOYA PÉREZ, Guillermo, y MONTOYA OSORIO, Marta Elena, Las personas en el derecho civil, 2ª ed., Colombia, Leyer, 2007.

MORALES ACACIO, Alcides, Lecciones de derecho de familia, Colombia, Leyer, 1997, pp. 82-307.

NARANJO OCHOA, Fabio, Derecho civil, personas y familia, Colombia, Librería jurídica Sánchez, 1999, pp.

—, Derecho civil, personas y familia, Colombia, Librería jurídica Sánchez, 2003, pp.

Observatorio de Justicia Constitucional, “Niños y niñas”, en: Tres lustros de jurisprudencia constitucional, Colombia, 2009, pp. 40-65.

OSORIO VALENCIA, Yhony Alexander, Homosexualidad: ¡Una batalla por derechos en tiempos del siglo XXI!, Vademécum de Familia, 2012, pp. 9-24.

PARRA BENITEZ, Jorge, Manual de derecho civil, 4ª ed, Colombia, Temis. 2002.

SUÁREZ FRANCO, Roberto, Derecho de familia, Colombia, Temis, 1999, vol. 2, pp. 111-144.

—, Derecho de familia, Colombia, Temis, 1999, vol. 2, pp. 111-144.

QUINTERO VELÁSQUEZ, Ángela M, Diccionario especializado en familia y género, Buenos Aires, Lumen, 2007.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A, La unión de hecho y el derecho a no casarse, España, Comares, 2001.

VILLA GUARDIOLA, Vera Judith y JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Roberto, Aspectos históricos y jurídicos de la institución familiar, Colombia, Educosta, 2009.

VAGGIONE, Juan Marco, “Las familias más allá de la heteronormatividad” en: Cristina Motta y Macarena Sáenz, La mirada de los jueces 1, Colombia, Siglo del hombre Editores, 2008.

Estudios multidisciplinares sobre adopción:

American Psychological Association, Lesbian and gay parenting, Estados Unidos de Norteamérica. 2005, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

BROOKS, Devon, y GOLDBERG, Sheryl. Gay and lesbian adoptive and foster care placements: can they meet the needs of waiting children? 1999, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

COLLINS, Lois M, "Studies challenge widely held assumptions about same-sex parenting", Deseret News (9 de junio de 2012), [en línea], disponible en: <http://www.deseretnews.com/article/765581831/Studies-challenge-widely-held-assumptions-about-same-sex-parenting.html?pg=2>, consulta: 18 de septiembre de 2012.

Committee on psychosocial aspects of child and family health, "Coparent or second-parent adoption by same-sex parents", Pediatrics. Official journal of the American Academy of Pediatrics (2002. 2), [en línea], disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/content/109/2/339.full.pdf+html>, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

DOWNS, Chris, y JAMES, Steven, Gay, lesbian, and bisexual foster parents: strengths and challenges for the child welfare system. Estados Unidos de Norteamérica, Child Welfare League of America, 2006, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

FAIRTLOUGH, Anna. Growing up with a lesbian or gay parent: young people's perspectives. Department of Professional and Community Studies, Goldsmiths, University of London, New Cross, London, UK. 2008, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

FOSTER, Deborah. The Formation and Continuance of Lesbian Families in Canada. CBMH/BCHM / Volume 22, 2. 2005. consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

GENERELO , Jesús, et al., (Colectivo de lesbianas y gays de Madrid), “Dossier: “familias de hecho” (Informe sobre la realidad social de las familias formadas por lesbianas, gays y sus hijos/as)”, (2000), p. 25, [en línea], disponible en: http://www.cogam.org/_cogam/archivos/1437_es_Familias%20de%20Hecho.PDF, consulta: 23 de septiembre de 2012.

GOLDBERG, Abbie E, (How) Does It Make a Difference? Perspectives of Adults With Lesbian, Gay, and Bisexual Parents, American Journal of Orthopsychiatry, 2007, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

GOLOMBOK, Susan, Adoption by lesbian couples. Is it in the best interests of the child?. BMJ. 2002, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

JAMES, William H, The sexual orientation of men who were brought up in gay or lesbian households, Cambridge University Press. 2004, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

JENISTA, Jerri Ann, “Special Topics in International Adoption”, Pediatric Clinics of North America, 2005, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

LEE BADGETT, M.V et al., “Adoption and Foster Care by Gay and Lesbian Parents in the United States”, The Urban Institute- The Charles R. Williams Institute on Sexual Orientation Law and Public Policy, 2007, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

LOBAUGH, Edward R, et al., “Gay-Male Couples Who Adopt: Challenging Historical and Contemporary Social Trends Toward Becoming a Family”, Perspectives in Psychiatric Care Vol. 42, No. 3, August, 2006, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

MALLON, Gerald P, “Assessing Lesbian and Gay Prospective Foster and Adoptive Families: A Focus on the Home Study Process”, Child Welfare League of America, Vol.

86, No.2, March/April, 2007, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

PATTERSON, Charlotte J, "Lesbian and Gay Parents and Their Children: Summary of Research Findings", Lesbian and Gay Parenting, p.14, [en línea], disponible en: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx>, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

REGNERUS, Mark, "How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study", Social Science Research (Julio 2012), [en línea], disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0049089X12000610>, consulta: 30 de agosto de 2012.

RENAUD, Michelle T, "Diversity in Mothering Experiences", AWHONN, the Association of Women's Health, Obstetric and Neonatal Nurses. 2007, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

RYAN, Scott D, y PEARLMUTTER, Sue, y GROZA, Victor, "Coming Out of the Closet: Opening Agencies to Gay and Lesbian Adoptive Parents", National Association of Social Workers, Inc, 2004, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar, Compilación legislativa, doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor, Tomo I. Código del menor, tratados y convenios internacionales, Colombia, Corte Suprema de Justicia, 1994.

SUMMERS, Mark. Rhetorically self-sufficient arguments in Western Australian parliamentary debates on Lesbian and Gay Law Reform British Journal of Social Psychology, 2007, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

TELINGATOR, Cynthia J, y PATTERSON, Charlotte, Children and Adolescents of Lesbian and Gay Parents. Clinical Perspectives, 2008, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

TYEBJEE, Tyzoon. "Attitude, Interest, and Motivation for Adoption and Foster Care", Child Welfare League of America. Vol.32, No. 6 November/December. 2003, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

UZIEL, Anna Paula, "Homosexuality and Adoption in Brazil", Reproductive Health Matters, Vol. 9, No. 18, November. 2001, consulta: Colombia Diversa. Dossier Proceso de Tutela Radicado T2597191.

Convenciones y Tratados

Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

Convención Americana de Derechos humanos, artículo 19. 22 de noviembre de 1969.

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, " Protocolo de San Salvador", Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Entrevistas sin publicar

Daniel Gómez-Mazo y Olga Velásquez, entrevista personal a Germán Rincón Perfetti. 28 de junio de 2012.

Daniel Gómez-Mazo y Olga Velásquez, entrevista personal a Paula Rangel y Diana Guzmán (DeJusticia), 27 de junio de 2012.

Daniel Gómez-Mazo y Olga Patricia Velásquez Ocampo, Entrevista personal a Elizabeth Castillo (Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas de Bogotá), 27 de junio de 2012.

Daniel Gómez-Mazo y Olga Patricia Velásquez Ocampo, Entrevista personal a Marcela Sánchez (Colombia Diversa), 29 de junio de 2012.

Sitios Web:

Relación de sentencias de la Corte Constitucional colombiana que han considerado los derechos de las personas LGBT y de las parejas del mismo sexo, Sitio web Colombia Diversa [en línea], disponible en: <http://www.colombiadiversa-blog.org/p/sentencias.html>, consulta: 23 de septiembre de 2012.

Leyes

Código Civil de Colombia.

Ley 140 de 1960, por la cual se sustituye el título XIII, del Libro I del Código Civil, sobre adopción.

Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ley 5ª de 1975, por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Jurisprudencia Corte Interamericana:

Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012