



ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

¿ES POSIBLE LA ADOPCIÓN POR PAREJAS HOMOPARENTALES EN COLOMBIA?

A través de este documento se hará un breve recuento sobre la evolución jurídica de las parejas a través de la historia más reciente hasta llegar al reconocimiento de las parejas del mismo sexo, como una forma de conformar familia dentro de una unión marital de hecho plenamente reconocida por la constitución, y los alcances de la jurisprudencia en cuanto a la igualdad entre parejas heterosexuales y parejas homoparentales, hasta llegar a la controversia central en la que está el país de si es posible conceder el derecho a estas parejas de adoptar.

ADOPCION POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

RONALD DIAZ BALLESTEROS
CAROLINA RODRIGUEZ CAICEDO
MONOGRAFIA DE GRADO

Doctora

ANGELA VIVAS MARTINEZ
TUTOR

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
ESPECIALIZACION EN DERECHO DE FAMILIA
BOGOTA, 5 AGOSTO DE 2013

TABLA DE CONTENIDO

- I. Introducción.
- II. Planteamiento del problema.
- III. Objetivo general.
- IV. Objetivos específicos.
- V. Inicio y evolución de la familia a través de la historia.
- VI. Desarrollo de la familia en Colombia.
- VII. Alcance de derechos de parejas heterosexuales a parejas homosexuales, por vía jurisprudencial y su desarrollo.
- VIII. La adopción como un derecho y su protección.
- IX. Quienes pueden adoptar y que requisitos son exigidos.
- X. Adopción por homosexuales.
- XI. Razonamiento contra la adopción por homosexuales
- XII. Razonamiento a favor de la adopción por homosexuales.
- XIII. Conclusiones.
- XIV. Referencias del trabajo.

I. INTRODUCCION

Las siguientes paginas constituyen un recuento histórico desde el punto de vista socio – jurídico, de la evolución de las formas de crear familia a través de la historia de la humanidad, partiendo de la premisa que la familia es la base de la sociedad en todos los tiempos, y que esta se forma no solo por un vínculo jurídico, concretamente por un contrato de matrimonio, sino también por vínculos naturales y principalmente por la decisión libre y responsable de dos personas de conformar una familia (Simbaqueva, E. 2006. Art. 42 Constitución política); pasando por las diferentes etapas de la evolución de la familia hasta el momento y la consecución de derechos que se les ha ido otorgando a unos y otras, hasta llegar puntualmente a las parejas del mismo sexo, los derechos que se les ha otorgado y la posibilidad de que estas como una de las formas de crear familia por medio de vínculos naturales puedan llegar a adoptar, punto neurálgico que se encuentra en estudio en muchos ámbitos jurídicos de nuestro país.

Con el fin de enfocar la situación de manera imparcial y teniendo como prioridad el derecho de los niños y adolescentes adoptables a hacer parte de una familia, se plantean una serie de interrogantes estratégicos, que a lo largo de este estudio se intentarán dilucidar, tales como: ¿A los niños les afecta tener padres del mismo sexo desde el punto de vista psicológico?, ¿La moralidad que se exige como requisito para adoptar se centra en que solo pueden ser morales los heterosexuales?, ¿Es preferible que por convenciones sociales un niño crezca sin una familia, a que en el seno de una homoparental que le garantiza su bienestar? y las inquietudes adicionales que con el desarrollo del presente, se vayan planteando para llegar a una conclusión que bien puede ser a favor o en contra de que se les otorgue este derecho, o simplemente sin tomar partido defender solo un ideal y es que todo niño pueda crecer dentro de una familia con todas las garantías constitucionales reconocidas llena de amor, cuidado y protección.

Como sustento epistemológico en estos temas se revisarán diferentes perspectivas y se tomarán en cuenta los planteamientos de autores muy reconocidos que han estudiado la familia como Bachofen, Maclennan, Federico Engels entre otros, además se analizarán las legislaciones actuales de diferentes países sobre estos temas y concretamente los alcances y adelantos en nuestra legislación sobre la materia, haciendo una comparación de los diferentes puntos de vista frente al asunto.

Esta información será contextualizada legalmente con base en la Jurisprudencia que la Corte Constitucional ha emitido al respecto, dando alcance a muchos derechos que inicialmente solo eran reconocidos para matrimonios, pero luego por medio de fallos los ha extendido a las uniones maritales de hecho, y que por esta misma vía, apelando al derecho a la igualdad consagrado en el Artículo 13 de la constitución, se le ha dado alcance a las parejas del mismo sexo. Donde uno de los puntos de inflexión es la lucha hasta ahora sin éxito por el derecho a la adopción de la comunidad LGTB, todo esto sin perder de vista la ponderación que los derechos de los niños y los adolescentes tienen frente a los demás, reconocidos plenamente por nuestra Constitución Política. Para finalmente cotejar puntos jurídicos con estudios psicológicos y casos específicos, sobre experiencias de adopción por parejas del mismo sexo o personas homosexuales.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A través del tiempo ha evolucionado la sociedad, de la misma manera ha evolucionado la familia como núcleo esencial de esta, donde inicialmente estaba dominado por un concepto cerrado de familia conformado por el padre, la madre y los hijos, luego se desarrolla un esquema de familia más amplio, que a estos miembros anteriormente nombrados les sumó abuelos, tíos, primos y hasta la llamada familia “política”, conformando así lo que se denomina la familia extensa, teniendo siempre como punto focal la figura del matrimonio, posteriormente se evolucionó hasta una familia que se puede constituir no solo por vínculos religiosos o jurídicos, si no por la decisión de dos personas de formarla creando una unión marital de hecho, estas dos personas inicialmente eran un hombre y una mujer, pero siguiendo al ritmo de la sociedad, llegamos a que la familia también se puede formar por dos personas del mismo sexo, permitiendo que estas inicien una unión marital de hecho, adquiriendo todos los derechos y las obligaciones de esta figura, sin embargo y a pesar que se les reconoció derechos frente a la unión marital de hecho, no ha sido posible que se les dé un tratamiento legal y de igualdad frente al matrimonio como tal y puntualmente frente al derecho o la posibilidad de adoptar.

Desde esta perspectiva y tomando en cuenta los argumentos de los que están en contra y de los que están a favor, de reconocer el derecho de adoptar a parejas del mismo sexo, cuáles serían las implicaciones desde el punto de vista jurídico, y las consideraciones que se deben realizar con respeto al bienestar de los infantes cuáles serían los pro y los contra para el crecimiento desarrollo de estos?

III. OBJETIVO GENERAL

Mostrar desde una perspectiva neutral, la situación actual de las parejas del mismo sexo frente a la adopción, los puntos a favor y los puntos en contra, y sus alcances sociales y jurídicos.

IV. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Hacer un recuento de la evolución de la familia en la historia de la humanidad, y específicamente en Colombia.
- Mostrar el desarrollo jurisprudencial de la regulación de las uniones maritales de hecho y el alcance que se le ha dado de la legislación a las parejas del mismo sexo.
- Descripción y análisis de la figura de la adopción, planteando tesis a favor y en contra de otorgar este derecho a parejas del mismo sexo.

V. INICIO Y EVOLUCION DE LA FAMILIA A TRAVES DE LA HISTORIA

La familia en palabras de Morgan (citado por F. Engels, 1884) “es el elemento activo, nunca permanece estacionada; si no que pasa de una forma inferior a una forma superior, a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a un grado más alto”, de acuerdo con este pensamiento, podemos observar que a medida que la sociedad evoluciona en sus diferentes aspectos también la familia sufre cambios; en su formación, en sus deberes y derechos y en las normas que la rigen dentro de la sociedad, debido a estos cambios evidentes no podemos darle el mismo trato a los integrantes de una familia de finales del siglo pasado y de principios de este, que a los que componían una familia a finales del siglo XIX o principios del siglo XX, por que la transformación que ha sufrido ha marcado grandes diferencias entre la manera de ver a unas y a otras.

Por lo anteriormente planteado, haremos un recuento histórico sobre las diversas familias que se han formado a través del tiempo de acuerdo a los cambios sufridos por la sociedad, para así darnos un marco histórico de su evolución hasta llegar a centrarnos en el estudio de las nuevas formas de familia. Inicialmente y a pesar que solo son especulaciones porque no hay indicios claros de que fue así, se habló de que existía un comercio sexual, que solo existía la promiscuidad entre los miembros que empezaban a formar parte de una “sociedad” aun no constituida como tal, luego de esto aparecería la poligamia y la poliandria hasta que finalmente llegara a la monogamia (Engels, 1884), la familia consanguínea de acuerdo a nuestro marco de referencia sería la primera clase de familia conocida que consistía en que todas las generaciones fueran hermanos y esposos entre sí, queriendo decir con esto que era evidente que en esa época el incesto no se veía como una falta a la ley de Dios y de los hombres, si no que era una manera natural de constituir familia, forma que con el invento de la palabra incesto desapareció definitivamente y en la actualidad no se conoce ningún indicio que todavía se practique, por lo menos no legal y abiertamente (Engels, 2000, P. 22); siguiendo con la familia punalua, en este punto se hizo un gran avance con respecto a la evolución de la familia y de la invención del incesto como una prohibición dentro de la sociedad moderna, ya que en esta se excluyeron las relaciones sexuales o maritales entre los padres y los hijos y posteriormente entre hermanos, partiendo de esto y según Morgan citado por (Engels, 2000, P. 25) la familia punalua es el primer hallazgo real de los matrimonios por grupos en la historia de la humanidad, por lo tanto el primero paso para evolucionar hacia una forma “superior”, en fin último en este tipo de familia era impedir de alguna manera las relaciones entre consanguíneos, siguiendo por esta línea encontramos la familia Sindiasmica, en este tipo de familia el hombre vive con una sola mujer aunque se le es permitido la infidelidad de vez en cuando, la poligamias es poco vista por

razones económicas, pero a las mujeres si se les exige la absoluta fidelidad de lo contrario sería castigada con severidad, de todas maneras los vínculos eran fáciles de romper y los hijos siempre eran de la madre por razón de la filiación, permitiéndose cada vez menos los vínculos entre los consanguíneos ya que se habían dado cuenta que combinando líneas genéticas diferentes se producían personas más fuertes tanto física como mentalmente, cuestión que llevo a que cada vez fuera menos probables los matrimonios entre grupos por la selección de consanguinidad que se hacía predominando así de una manera sutil la monogamia (Engels 1884 P. 27), después de venir de un derecho materno caracterizado por que la mujer es la responsable de la filiación y por consiguiente la dueña de los hijos y de la descendencia ya que la paternidad no se podía comprobar, se formó una revolución, la cual su punto de partida fue el derecho hereditario,. Ya que cuando se empezó a crear la propiedad privada, se empezó a hablar de herencia y como los hijos eran de la madre si el padre moría estos no tenían derecho a heredarlo solo sus hermanos y hermanas y los hijos de sus hermanas, así que se notó que había una deficiencia frente a este tema y que las familias estaban perdiendo sus adquisiciones por cuenta de la filiación materna, por lo cual se dio paso a la familia patriarcal, en la cual la mujer pasa a un segundo plano, ya no tiene derecho sobre los hijos ni en el hogar absoluta fidelidad para tener certeza sobre la filiación y la posibilidad de heredar Bachofen (citado por Engels, 2000, págs. 30- 35).

En la familia monogámica producto de lo anteriormente mencionado el hombre es el jefe de la familia, hay una relación conyugal más sólida y sobre todo el predominio de la fidelidad por parte de la mujer para asegurar la paternidad de los hijos que eventualmente adquirirían los bienes dejados por su padre, este siendo el paso para las familias de las sociedades contemporáneas en las que hasta hace muy poco la potestad paterna era la piedra angular de la familia y la mujer era un objeto más de la casa la cual aseguraba la procreación y de la cual hasta

el marido era dueño tanto de su cuerpo como de sus pertenencias, pasando por el Pater Familias en el derecho romano. Luego la sociedad fue evolucionando en familias que se basaban más en el amor, la comprensión y la decisión libre de conformarla, por lo cual se crea la institución del matrimonio, originalmente religioso y posteriormente civil, en el cual se le permitía tanto al hombre como a la mujer casarse libremente y si era el caso disolver ese vínculo de la misma manera por unas causales específicas, introduciendo también la figura de la unión marital de hecho, en favor de aquellas parejas que no querían etiquetarse dentro de un matrimonio, pero que si querían ser protegidas frente a sus derechos patrimoniales; finalmente pasamos de un matrimonio que solo permitía celebrarse entre personas de diferente sexo, hasta matrimonios y uniones de hecho por personas del mismo sexo discusión o debate muy candente en la actualidad, en muchas partes del mundo y en especial en nuestro país donde la cuestión nos tiene en una especie de limbo jurídico ya que a pesar que se reconoció que pueden tener derecho en una unión marital de hecho aún no se le ha dado una regulación frente al matrimonio como tal, pero de cualquier manera este tipo de unión ya está reconocida de alguna manera por nuestro ordenamiento jurídico, que le falta avanzar, si es cierto pero tenemos que llegar al punto en que la igualdad sea la piedra angular de nuestras sociedades, y acabar con cualquier tipo de discriminación siempre en pro de respetar la esfera de los derechos de los demás.

VI. DESARROLLO DE LA FAMILIA EN COLOMBIA

Desde la época de la conquista y la colonización española, nuestro continente y nuestro país se había regido por el derecho español, empezando por el derecho de indias que se creó para reglamentar los asuntos que el derecho castellano no contemplaba, con respecto al derecho de familia incluida la legislación del matrimonio (ya que para esta época era la única manera válida de formar una familia) estaba contenida dentro del derecho castellano, que era de conocimiento

exclusivo de las autoridades católicas eclesiásticas ya que desde la llegada de los españoles ha américa, se había empezado a imponer a los habitantes la religión católica como única religión, con el Concilio de Trento en 1563 se establece el matrimonio como sacramento “perpetuo e indisoluble” que solo se disuelve por la muerte, para el cual estableció doce cánones que de ser contrariados se sancionarían con la excomunión, en este concilio también se proscriben los matrimonios “clandestinos” ósea los que no se han efectuado conforme a las leyes de Dios, el matrimonio debía celebrarse ante párroco con dos testigos o si no seria nulo, el sacerdote si tenía por conveniente omitir las proclamas lo podía hacer, prohibía absolutamente la convivencia sin la bendición del sacerdote y el adulterio, se reiteró la prohibición de casarse entre los grados prohibidos de consanguinidad y el matrimonio entre el raptor y la raptada, como era costumbre en tiempos anteriores, (Pio IV, documento concilio de Trento, sesión XXIV, 1563). El decreto Tametsi fue el medio por cual se le dio promulgación a lo dictado por el papa en el Concilio de Trento, la aplicación de este fue poco exitosa ya que por mucho tiempo se habían celebrado matrimonios sin las formalidades contenidas en este documento, por lo que a la iglesia le quedaba muy difícil identificar todas los casos de nulidad y en muchos de los territorios se conservaron las tradiciones con las que se venían celebrando los matrimonios.

Después de un periodo largo donde se aplicaba el decreto Tametsi en unos territorios y en otros no, y de la independencia del territorio Colombino, nos encontramos con la primera Constitución en 1821, la Constitución de Villa del Rosario de Cúcuta, en la cual no se habla directamente del matrimonio como tal ni se toca ningún aspecto de la familia, en el artículo 188 nos remite respecto de los temas que no fueron tratados en el cuerpo de la constitución a las leyes que habían regido hasta el momento dándoles fuerza siempre y cuando estas no contraríen a la constitución y las leyes que el congreso decreta, por lo cual con respecto al derecho de familia y

específicamente al matrimonio sigue quedando en firme la regulación y el manejo que la iglesia católica le había dado hasta ese momento. (Texto de la constitución política de Colombia 1, 1821)

El matrimonio civil y el divorcio, aparecen en nuestra legislación por primera vez con la ley del 20 de junio de 1853, en medio de una sociedad tradicionalista y religiosa que veía con muy malos ojos, que el matrimonio no se celebrara por medio de un ritual religioso católico y menos el divorcio ya que según las leyes divinas, si dos personas se unían en matrimonio solo se podían separar por medio de la muerte, razón por la cual esta ley fue motivo para escandalizar a la sociedad y generar conflictos; dentro de lo que se preceptuaba en esta ley era la edad mínima en que los contrayentes se podían casar, las formalidades del matrimonio en las cuales se destacaba que se podía celebrar ante un juez parroquial y dos testigos en la vecindad de la mujer, en cuanto a los derechos y deberes que surgían por el hecho de contraer matrimonio tanto entre cónyuges como con sus hijos dijo que eran los mismos que para los matrimonios celebrados por la iglesia católica, siempre y cuando no contrariaren lo que se disponía dentro de la ley, en el artículo 30 consagra que el matrimonio civilmente realizado se disuelve o por la muerte de uno de los cónyuges o por “divorcio legalmente decidido”, y por primera vez también se habló del mutuo consentimiento como causal de divorcio con una serie de lineamientos; cuestiones candentes para la época lo cual incidió en que fueran muy pocos los matrimonios y por consiguiente mínimos los divorcios ya que las personas que se atrevían a darle uso a esta ley quedaban de una u otra manera proscritas ante la sociedad. (Ley del 20 de julio de 1853. Matrimonio Civil y Divorcio. Nueva granada, Santa Fé), para corregir los defectos de esta ley se promulgo la ley 8 de 1856, en la cual en su artículo 4 dispuso que el matrimonio solo se podía disolver por la muerte de uno de los cónyuges. Y que todo pacto en contrario se consideraría nulo, con lo cual

abolió el divorcio, también se dispuso en el artículo 30 que para que el matrimonio religioso tuviera plenos efectos civiles tenía que ser ratificado ante notario o juez del distrito de la vecindad de la mujer y dos testigos, dándole así tranquilidad a las personas que estaban escandalizadas por normas cuyo contenido parecían contrariar la religión, y quitándole así vigencia la ley de 1853 que solamente quedo escrita ya que no tuvo aplicabilidad.

Luego de esto nos convertimos en la confederación granadina en la cual se dividió el territorio en estados los cuales tenían a su potestad legislar sobre el derecho civil, entre ellos el matrimonio y sus efectos, con esto cada estado hizo sus propias leyes generalmente basándose e incorporando el código Chileno redactado por Andrés Bello, por lo cual habían estados en que solo se permitía el matrimonio católico, en otros solo el civil, en otros los dos tipos de matrimonio y en algunos era permitido el divorcio, después de un tiempo se expide el código civil de la unión eliminando la organización territorial como estaba establecida "confederación granadina" estableciendo los estados unidos de Colombia en la convención de rio negro, en 1873 con la ley 84 de 1873, y dentro de este código en el título IV se hacen disposiciones generales para el matrimonio en todo el territorio en la cuales se establecen que el matrimonio es facultativo y se debe hacer cumpliendo los requisitos establecidos en la ley y ante funcionarios competentes.

Llegamos a la constitución de 1886, en la que desde el preámbulo nos pone de manifiesto que la religión católica es la que rigen la nación y en el artículo 38 lo reafirma cuando dice "*La religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la nación; los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social.....*" (Roza, Eduardo. Constitución Política de 1886. 1890), aunque en artículos subsiguientes manifiesta que las personas tienen derecho a practicar otros cultos, luego dice que si en la práctica de estos se

contraria la moral cristiana serán sancionados, finalmente dedica el título IV a regular las relaciones entre la iglesia y el estado; como vemos no es puntual frente al tema de la familia o el matrimonio no desarrolla estos temas en específico pero si le da bastantes libertades a la iglesia católica que para entonces era la que velaba por la institución de la familia; en la ley 57 de 1887 si se regula de manera amplia el matrimonio, en esta el matrimonio civil era facultativo, en el artículo 12 se dice que los matrimonios celebrados bajo el rito católico surtirán los mismos efectos que uno civil, se establece todo el régimen de la potestad marital en el que la mujer después de que salía de la potestad de su padre, entraba a la potestad del marido, el cual era el encargado de administrar sus bienes, al casarse la mujer se convertía en una incapaz, luego entra la ley 153 de 1887, en su artículo 20 dice que el estado civil será conforme a la ley vigente al momento de su constitución así esta fuere abolida, pero los derechos y obligaciones que se derivasen de dicho estado civil se regirá por la ley vigente, en el artículo 21 dice que el matrimonio católico celebrado antes de esta ley será válido y tendrá plenos efectos civiles, siempre y cuando esta retroactividad de la ley no afecte derechos adquiridos.

Cuando entra en vigencia la ley 30 de 1888, el matrimonio civil vuelve a desaparecer debido a lo que contenía el artículo 34 de dicha ley que rezaba “ el matrimonio contraído conforme a los ritos de la Religión Católica anula ipso jure el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona”, esto se convirtió en un problema porque las personas que habían contraído matrimonio mediante el matrimonio civil quedaban desprotegidas frente al estado civil y frente a unas obligaciones, porque a pesar que se anulaba el matrimonio los hijos concebidos durante ese matrimonio seguían siendo legítimos, y el hombre debía alimentos congruos tanto a su esposa como a sus hijos, mientras la mujer no se casara nuevamente por el rito católico. Mediante la ley 35 de 1888 se aprobó el concordato de 1887 y el

artículo 17 rezaba, que el matrimonio católico para las personas que profesaban la religión católica, produce efectos plenos civiles, siempre y cuando se realice de acuerdo a lo preceptuado en el concilio de Trento, y este deberá registrarse ante el funcionario competente, que deberá estar presente en el momento de la celebración.

Después de un periodo de sometimiento de la mujer, el legislador, empieza a otorgarle algunos derechos a la mujer, empezando por la ley 8 de 1922 que dio un paso muy importante hacia el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, ya que, le permitió administrar sus bienes de uso personal y los que se hayan determinado en las capitulaciones, de igual manera dejó que por primera vez la mujer pudiera ser testigo en todos los actos de la vida civil, introdujo nuevas causales para la separación de bienes y le dio derecho a la mujer separada por adulterio a reclamar gananciales; con la ley 54 de 1924 también llamada ley Concha o de apostasía previa, se dejaba de aplicar el artículo 17 del concordato, y decía que los católicos que se querían casar por lo civil debían decir públicamente y por medio de un escrito donde solicitaban el matrimonio, que no practicaban la fe católica; siguiendo los pasos de la ley 8 del 22, se expide una nueva ley que buscaba proteger los derechos de las mujeres dentro del matrimonio y la sociedad conyugal, la ley 28 de 1932 mediante la cual se quitó la administración unitaria de los bienes por parte del marido y le dio la libre administración de los bienes a cada cónyuge, también que cada uno debería responder por las deudas propias y responder solidariamente por las deudas comunes, le da completamente la libertad a la mujer esta deja de ser incapaz, luego de esto se emite el decreto 2820 de 1974 en el cual se ratifica la igualdad de los derechos entre hombres y mujeres que ya había sido dada por la ley 28 del 32 pero en este decreto se excluye legalmente a la mujer fuera de la lista de incapaces consagrada en el código civil.

Ya casi en el punto final de este recuento de leyes nos encontramos con el concordato del 12 de julio de 1973, en el cual el estado le reconoce plenos efectos civiles al matrimonio católico celebrado de acuerdo a la legislación canónica, y para que fuera efectivo la autoridad eclesiástica debía enviar copia autentica del acta de matrimonio al funcionario competente para que este fuera inscrito en el registro civil, esta inscripción se podía hacer en cualquier tiempo y por cualquier interesado; el matrimonio civil también era válido para los católicos.

Acercándonos un poco más a la actualidad de nuestra legislación nos encontramos con la ley 1 de 1976 ley muy importante para el derecho matrimonial y hoy en día todavía aplicable claro está que con varias modificaciones, en esta ley se regulo el divorcio para matrimonio civil y la separación de cuerpos para matrimonio católico, pone causales taxativas para el divorcio aplicables igualmente para la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, también reguló la simple separación de cuerpos, y la separación de bienes.

Después de años y leyes que se oponían y marginaban al concubinato, se expidió la ley 54 de 1990, en la cual por fin se reconoció la unión marital de hecho, como una forma de hacer familia, sin que estuviera unida por un vínculo matrimonial civil o religioso, y mediante la cual se le reconocieron derechos patrimoniales, permitiéndoles que después de dos años de convivencia se pudiera declarar una unión patrimonial, fue la forma de reconocer jurídicamente la familia natural, ya que era un hecho social, que permitía que más niños nacieran dentro de familias sin protección legal, ley perfecta para aquellas personas que se encontraban viviendo de forma libre y que no contaban con ningún tipo de protección patrimonial, por lo tanto no tenían obligaciones ni derechos respecto de su pareja; esta fue la puerta de entrada para muchos otros derechos que se fueron adquiriendo por vía jurisprudencial, para las uniones maritales de hecho, pero que estudiaremos a fondo en el siguiente título que el que nos atañe.

Aparece la Constitución de 1991, la actual Constitución que nos rige, en ella encontramos el artículo 42 donde a diferencia de la constitución del 1886 se hace un amplio desarrollo de la familia dentro de los derechos sociales económicos y Políticos, y dice que la familia es el núcleo esencial de la sociedad, que puede ser constituida por vínculos naturales, refiriéndose en este punto a la unión marital de hecho para esta época ya reconocida como una forma de crear familia, y por vínculos jurídicos ósea matrimonio tanto civil como religioso, por la decisión libre y responsable de un hombre y una mujer, también dice que tanto las formas de matrimonio sus requisitos y su posterior disolución serán regidas de acuerdo a la ley civil, otro puntos importante es que los matrimonios religiosos no solamente el católico tendrán efectos civiles de acuerdo a los términos que establezca la ley; la Ley 25 de 1992 viene a regular esta última parte de la constitución, referente a los matrimonios religioso que sean por otro rito que no sea el católico, dice que son permitidos pero que se debe celebrar un tratado entre la religión y el estado para que puedan concedérseles efectos civiles, esta ley también recogió las causales de divorcio traídas por la Ley 1 del 76, modificó algunas y adicióno otras, que hasta la fecha con algunas reformas están vigentes.

Hasta llegar al reconocimiento de las familias conformadas con personas del mismo sexo, primero mediante una unión marital de hecho, y ahora recientemente mediante un contrato similar al matrimonio que aún no ha sido regulado, que surgió cuando por medio la acción pública de inconstitucionalidad en la cual se demandaron las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear” contenidas en el artículo 113 del Código Civil por considerarlas contrarias a la Constitución, puesto que no solo se prevé la formación de la familia por un hombre y una mujer, si no que se puede concluir que también se puede formar por vínculos de un hombre con otro hombre o una mujer con otra mujer, ser reconocidos constitucionalmente y por

la ley civil como una familia, otro punto de la demanda es que de acuerdo a la jurisprudencia reciente el trato desigual entre parejas heterosexuales y homosexuales debe ser proporcional porque se presume discriminatorio, al impedirle a las parejas del mismo sexo celebrar el contrato de matrimonio. Al respecto la Corte dice que la familia como el, matrimonio son derechos de carácter fundamental manifestados en la libre expresión de afectos y emociones y de la elección libre de la persona de elegir su proyecto de vida, pero el matrimonio no es la única forma de conformar la familia, por lo tanto las familias que surgen de una unión o de otra son susceptibles de protección y reconocimiento, sin embargo la Corte aduce en cuanto a los homosexuales y la familia que de acuerdo al artículo 42 de la Constitución, y su interpretación más tradicional solo se puede formar familia por un hombre y una mujer por medio del vínculo del matrimonio o la unión marital de hecho, cosa que no implica que la interpretación que los actores le hacen al precedente artículo pueda ser tenida en cuenta sin embargo se toma la decisión mayoritaria de la Corte que es la de proteger la familia puramente heterosexual.... Finalmente la Corte declara exequibles las expresiones demandadas y se declara inhibida para fallar sobre la expresión “procrear” y “...un hombre y una mujer, y exhortar al Congreso para que este legisle sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, también que si para el 20 de junio de 2013 el congreso no ha expedido la legislación, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante Juez o ante Notario a formalizar y formalizar su vínculo contractual (Mendoza, Gabriel E. 2011. Sentencia C 577), lo que produjo que para la fecha señalada por la Corte no se legislara al respecto y las parejas que se acercaron a las notarías o a los juzgados encontrarán que no se podían casar como era su deseo si no que les permitían formalizar su unión por medio de un contrato solemne del cual no se tiene ningún tipo de reglamentación, ni que formalidades necesita, que derechos y obligaciones lleva implícitos y como se disuelve, cuestión que dio lugar a que se hayan presentado por vía de

Tutela varias demandas para que se dé una respuesta de fondo, aunque el pasado 24 de julio de 2013 por primera vez la Jueza 67 Civil Municipal de Bogotá formalizo la unión de una pareja gay formada por dos hombres claro está que no por medio de un contrato de matrimonio, si no por medio de un contrato civil innominado, donde se plasmó el acuerdo de voluntades para formar una familia, en el cual se manifestó que este por medio de este contrato la pareja adquirió los mismos derechos que contempla la ley civil para las parejas heterosexuales en el contrato del matrimonio civil, con esta decisión se abre una puerta para que las parejas homosexuales puedan tener acceso al matrimonio, aunque aún no se ha legislado al respecto, se deberá hacer para poder saber todos los alcances de estas uniones.

En otros países ya es un debate que se ha dado con anterioridad y se ha superado, en Holanda en el 2001, Bélgica en el 2003, España y Canadá en el 2005, Sudáfrica en el 2006, Noruega y Suecia en el 2006, Argentina e Islandia en el 2010, en Estados Unidos con las declaraciones que el Presidente Obama hizo en la elecciones a favor del matrimonio gay, en las cuales manifestó que se deberían extender todos los derechos a las parejas del mismo sexo, aun cuando la opinión de él es muy influyente, esa es una decisión federal, pero con esto se abrió camino a que en varios de los estados ya sea legal el matrimonio entre parejas del mismo sexo. (Castro, Cristina. 28 de mayo al 10 julio, El presidente gay. *Ámbito Jurídico*. P. 22)

VII. ALCANCE DE DERECHOS DE PAREJAS HETEROSEXUALES A PAREJAS HOMOSEXUALES, POR VÍA JURISPRUDENCIAL Y SU DESARROLLO

Con la ley 54 de 1990 se le dieron derechos patrimoniales a la unión marital de hecho conformada por un hombre y una mujer, luego mediante una acción pública de institucionalidad, algunos ciudadanos demandaron parcialmente los artículos 1 y 2 de dicha ley modificada por la

Ley 979 de 2005, en los cuales se definían las “*uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, los apartes que se demandaron fueron las expresiones **hombre y la mujer y hombre y una mujer**, contenidos en los artículos, basando se en que las parejas del mismo sexo por no estar comprendidas dentro del ámbito de la unión marital de hecho, tienen muchos impactos negativos en diferentes campos legales, manifiestan que la ley es contraria a la dignidad humana y al derecho de asociación teniendo en cuenta que tanto normativa como socialmente se está presentando un cambio frente a las parejas homosexuales. Al respecto la corte dentro de sus consideraciones dice que frente a las uniones maritales de hecho que solo se predicen de un hombre y una mujer, resulta discriminatorio para las parejas homosexuales, vulnerando la dignidad de estas personas y su derecho de asociación, también dice que al delimitar el régimen patrimonial solo para las parejas heterosexuales, deja sin protección a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, violándole el derecho a la protección, a la dignidad humana y derecho de asociación, según la Corte de acuerdo a la Constitución está prohibida toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual, pero frente a los derechos de parejas heterosexuales y homosexuales hay varias diferencias, por lo cual no se les ha dado un trato de igualdad, finalmente la Corte concluye que la falta de protección y reconocimiento a las parejas del mismo sexo resulta lesivo para la dignidad de sus integrantes afectando su autonomía y su capacidad de auto determinación ya que no permiten que su unión como proyecto de vida produzca efectos jurídico patrimoniales, por lo cual decide declarar exequible la Ley pero en el entendido que también es aplicable a las parejas homosexuales. (Escobar, Rodrigo. 2007 Sentencia C - 075). Mediante esta sentencia se da alcance a la Ley 54 a las parejas del mismo sexo, para que estas puedan declarar su unión marital de hecho y reclamar derechos patrimoniales, se da un paso muy importante en cuanto a igualdad

y discriminación, permitiendo con esto que se pensara en un reconocimiento más amplio de derechos a las parejas creadas por dos personas del mismo sexo; sin embargo las parejas gay se encontraron con otro obstáculo con este fallo puesto que en la sentencia no se dijo los efectos temporales que esta tendría, ni tampoco le dio efectos hacia el pasado, entonces la sala de revisión resolvió que solo aplicaría hacia el futuro, de acuerdo a esto las parejas del mismo sexo que terminaron su unión antes del 8 de febrero de 2007, fecha en la que se profirió el fallo no tuvieron derecho a los beneficios contemplados por las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005, a pesar que se interpusieron demandas para que se declararan uniones que se terminaron con anterioridad, en una de las decisiones en Casación la sala dijo “ los precedentes constitucionales que prohíben la discriminación por motivos de orientación sexual no son suficientes para aplicar retroactivamente un fallo de constitucionalidad”.(Giraldo, Fernando. ámbito jurídico, 2012, pág. 9), sin embargo resulta contradictorio este fallo desde el punto de vista de la igualdad que se les pretende dar a las parejas del mismo sexo con respeto a las parejas heterosexuales, ya que mediante fallo de la Corte Suprema de justicia del 12 de diciembre de 2011, se concluyó que la aplicación de la Ley 54 del 90 tiene aplicación retrospectiva, por lo que a las uniones maritales que iniciaron y terminaron antes de esta fecha y que se estuvieran discutiendo al momento de la entrada en vigencia, se les aplica todo el régimen legal y patrimonial contenido en la Ley, cosa que no ocurre para las parejas del mismo sexo que aun antes del fallo de 2007 en el que se les otorgo los derechos de las uniones maritales de hecho no se permitió que este fallo fuera de aplicación retrospectiva, la conclusión que sacaríamos de estos fallos es que sigue primando la discriminación por razones de la orientación sexual y no en razón al equiparamiento y la igualdad entre las parejas.

Siguiendo por la vía jurisprudencial, encontramos la Sentencia C – 811 de 200, en al cual se demanda la expresión “familia “ contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, la cual define quienes son los beneficiarios y la cobertura del plan de salud , debido a que la expresión familia solo habla de la conformada por un hombre y una mujer de acuerdo al artículo 42 de la Constitución Política, por lo tanto hay una exclusión de las parejas formadas por personas del mismo sexo, al respecto la Corte dice que la falta de protección toca especialmente el derecho a la salud de las de parejas homosexuales, ya que tiene un impedimento para afiliarse a su pareja al régimen de seguridad social, violando así el derecho a la dignidad al libre desarrollo de la personalidad y una clara discriminación en razón de la orientación sexual.; la norma acusada evidentemente viola el principio de igualdad ya que permite que dos personas heterosexuales que convivan juntas pueden ser beneficiarias unas de la otra, mientras que las parejas del mismo sexo en la misma situación, en razón de su preferencia sexual no lo pueden hacer, para la corte es evidente que al no permitirle afiliarse como beneficiario a su pareja de mismo sexo, implica invalidar su opción de vida vulnerando así el derecho a la dignidad y a la autodeterminación, esta privación del derecho a la salud compromete directamente el derecho a la vida, en razón de su opción sexual, y este derecho por ser protegido como fundamental por la constitución podría ser reclamado por vía de acción de tutela, por lo cual la corte decide declara exequible la norma acusada, en el entendido que se aplica también para parejas del mismo sexo. (Monroy, MarG. 2007. Sentencia C-811).

Han sido muchas las demandas de inconstitucionalidad que se han presentado en contra de las normas de nuestra legislación, por considerarse violatorias de los derechos de las personas que tienen como opción de vida conformar una pareja con una persona del mismo sexo, como la C – 336 de 2008, en la cual los actores demandan varias disposiciones por cuanto los derechos

que contiene no se extienden a las parejas homosexuales, al respecto la Corte dijo como se había dicho en otras sentencias en las cuales se reclamaban derechos para las parejas homosexuales, que la constitución reconoce el derecho a la libre personalidad y a la dignidad humana de todos los habitantes del territorio nacional por lo cual también tiene la obligación de garantizarle todos sus derechos sin importar en este caso su orientación sexual, por lo cual se prohíbe darles un trato discriminatorio como ciudadanos de segunda categoría de acuerdo a los tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano, pero también es cierto que existen diferencia entre las parejas heterosexuales y homosexuales por lo cual no es imperativo darle un trato igual en todos los aspectos y por eso es deber del legislador establecer las medidas necesarias para darle la protección necesaria a los grupos que se encuentren en marginamiento, y poderles dar un trato de igualdad. En cuanto a la pensión de sobrevivientes se encuentra un déficit de protección para las parejas homosexuales por lo cual esta protección que se le da a los compañeros o compañeras permanentes de parejas heterosexuales debe ser ampliada a las parejas homosexuales por cuanto ni existe un fundamento razonable para tratarlos en forma desigual ; por lo cual la Corte Constitucional decidió declarar exequibles las expresiones compañera o compañero permanente de las normas acusadas en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas del mismo sexo que cumplan con los requisitos exigidos para las parejas heterosexuales, respecto de las otras normas estarse a lo resuelto de acuerdo a las sentencias anteriormente analizadas, pero no se especificó la clase de efectos temporales que tendría este fallo, por lo que la Sala Octava de revisión aclaró, que esta decisión aplicaba retrospectivamente, así que el efecto temporal de este fallo es la aplicación inmediata y a futuro, pero con retrospectividad, o sea que esta decisión afecta situaciones que se hayan originado en el pasado y que se encuentren en curso al momento que se dictó el fallo , pero no aplica para

situaciones consolidadas en el pasado ósea que para este fallo no aplica la retroactividad. (Fallo que reconoció derecho a pensión de sobrevivientes a parejas gay aplica retrospectivamente, 16 al 29 de abril. Ámbito jurídico. P. 3)

Por medio de la sentencia C – 029 de 2009, encontramos una demanda de constitucionalidad en contra de varias disposiciones o normas de nuestra legislación actual, en las cuales para los actores habían expresiones que eran discriminatorias para las parejas homosexuales, encontramos normas que consagran derechos civiles y políticos para las parejas heterosexuales con exclusión de las parejas homosexuales, cargos contra las normas civiles que regulan la constitución del patrimonio inembargable de familia y la afectación a vivienda familiar, cargos contra la norma que consagra la obligación civil de prestar alimentos, cargos contra las normas de carácter migratorio para parejas heterosexuales con exclusión de las homosexuales, cargos contra la norma que reduce el tiempo para acceder a la nacionalidad por adopción a favor de los compañeros permanentes, entre otras que incluyen normas civiles, laborales y penales, en las cuales se encontraban palabras como familia, o grupo familiar, por lo que para la corte los accionantes lo que planteaban es que se aclarara de manera general, es si en estas normas acusadas las parejas heterosexuales y homosexuales tiene una situación y un tratamiento asimilable, por lo que si no es así se presentaría una violación al principio de igualdad, y en cuanto a las normas que tienen las expresiones, “compañera permanente” se vería un evidente déficit de protección con respecto a las parejas homosexuales.

La corte advierte que no todo trato diferente que se le dé a las parejas homosexuales frente a las heterosexuales debe considerarse discriminatorio en razón de la orientación sexual, puesto que existen evidentes diferencias entre las unas y las otras, además que en el concepto constitucional de familia las parejas conformadas por personas del mismo sexo no encajan; sin

embargo el proyecto de vida de pareja tiene protección constitucional independientemente si son parejas heterosexual es u homosexuales.

Frente a cada cargo la Corte hace un estudio de cada norma por separado, del cual saca su decisión, respecto de las expresiones “familia “ y “ grupo familiar” se declara inhibida para fallar de fondo, puesto que considera que hubo ineptitud sustantiva de la demanda, frente a las normas que contenían la expresión “ compañera permanente” y “ cónyuge” declaro la exequibilidad de las normas de acuerdo a la Ley 54 del 90 y puesto que desde la sentencia C -075 de 2007 ya se entendía que esta protección se extiende a las parejas del mismo sexo, en otros casos consideró estarse a lo resuelto, puesto que eran temas que ya se habían tratado en otras sentencias. (Escobar, Rodrigo. 2009. Sentencia C – 029).

Demanda de inconstitucionalidad en contra de las expresiones “porción conyugal” “cónyuge” y “viudo o viuda”, el demandante aduce que las expresiones contenidas en la ley solo se refieren a los cónyuges y no a los compañeros permanentes de diferente o mismo sexo, y deben tener un tratamiento igual en cuanto a la porción conyugal, puestos que los dos tipos de vínculos buscan formar una familia.

Al respecto la corte dice que el origen familiar no puede ser motivo de discriminación, pero las normas acusadas solo concedían estos derechos a las familias formadas por vínculos matrimoniales, por lo que las normas eran una forma de obligar a las personas a contraer matrimonio para poder acceder a los derechos reconocidos a este tipo de unión, sin embargo la Corte considera que el matrimonio y las uniones maritales de hecho no son susceptibles de ser comparadas por tratarse de fenómenos diferentes por lo cual no son iguales, a pesar de esto considera que no existe ninguna razón para que el compañero o compañera permanente

supérstite no pueda acceder a la porción conyugal, ¿pues la garantía patrimonial no exige que solo la pueda obtener quien tenga un contrato matrimonial por lo tanto la Corte decidió declara exequible las expresiones demandadas siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo. También en esta sentencia se ordenó exhortar al Congreso para que legislara todo lo relacionado a las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo. (Pretel, José, I. 2011. Sentencia C – 283)

Se demanda la expresión “cónyuge” contenida en varios artículos del Código Civil por ser violatorios de la Constitución por que vulneran los derechos a la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general y a la igualdad, ya que esta expresión no comprende a los compañeros permanentes que formen una unión marital de hecho, que deberían ser comprendido y sin hacer distinciones con respecto a la orientación sexual de la pareja para que en el caso de las normas demandadas sean tenidos en cuenta a la hora de heredar. Al respecto la Corte hace alusión al artículo 42 de la Constitución Política en que claramente reconoce que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia sino también por vínculos naturales como las uniones maritales de hecho, entonces de acuerdo a esto se considera que hay una comisión legislativa relativa, esto por ser una norma anterior a la constitución en la que se reconoció este tipo de familia, por lo que la Corte no encuentra razón para extenderle los derechos a las parejas que conforman una unión marital de hecho los que previamente se habían otorgado a las parejas unidas por vínculo matrimonial, si bien que la familia creada por vínculo matrimonial es protegida , también debe ser protegida la conformada por otros tipos de familia. La Corte decide declarar exequibles los artículos en el entendido que la expresión cónyuge comprende al compañero o compañera permanente de distinto o del mismo sexo que conformó

con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho. (Mendoza, Gabriel, E. 2012. Sentencia C- 238).

VIII. LA ADOPCION COMO UN DERECHO Y SU PROTECCION

La figura de la adopción como hoy la conocemos nació con la expedición del código civil contenida en el Título XIII, en el texto original la adopción se consideraba una manera de prohijar a una persona como un hijo que no lo era por naturaleza, se requería que el adoptante fuera mayor de veintiún años y le llevara por lo menos 15 años al adoptado, un hombre solo podía adoptar hombre, y una mujer solo mujeres, una persona que estuviera casada para adoptar siempre tenía que tener el consentimiento de su cónyuge, para poder adoptar se debía contar con el consentimiento de las personas que tuvieran a su cargo el menor también debía mediar el permiso del juez y otorgar la escritura de adopción, en esta legislación a los hijos adoptivos no se les permitía heredar como un hijo, solo por medio de testamento, la adopción era revocable por las mismas causas que eran de fundamento del desheredamiento, esta revocación tenía que ser probada judicialmente, si se prueba el adoptado debía volver al poder de la persona de quien dependía antes, la adopción expiraba por la muerte de los adoptantes o porque estos tuvieran descendencia legítima.

Con las reformas de la ley 140 de 1960 se cambiaron algunos artículos del texto original, de los cambios más importantes fue que ya no se oponía a la adopción, ni hacía que esta feneciera el hecho que los adoptantes tuvieran o llegaran a tener hijos legítimos o naturales, los hijos naturales que hubiesen sido reconocidos no se podían adoptar por sus padres, la adopción debía hacerse con el consentimiento del adoptado si es capaz, si no de las personas que lo tiene a su cargo, para adoptar se debería conseguir una licencia judicial posteriormente se otorgaría escritura de adopción ante notario que debía ser firmada por adoptante adoptado o la persona que

haya dado autorización, en caso de herencias el adoptado en concurrencia con hijos legítimos heredaría la mitad de lo que le correspondía a un hijo legítimo, si no habían hijos legítimos concurría con los demás herederos como hijo natural, el padre adoptante no tenía derecho en la sucesión del adoptado, se podía hacer una adopción provisional de un menor de 12 años que se encontrase en estado de abandono por el tiempo estimado por el juez, transcurrido este tiempo se podía volver definitiva o expirar, la adopción podía terminar por mutuo acuerdo de los interesados capaces, también el padre podía revocarla por las mismas causas del desheredamiento, el adoptivo seguía formando parte de su familia de origen conservando en ella sus derechos y deberes.

Posteriormente bien la ley 5 de 1975 en la cual se reforman nuevamente algunos artículos del código civil concernientes a la adopción, en esta reforma encontramos que se estableció como edad mínima para adoptar 25 años, y solo se podían adoptar personas menores de 18 años salvo que la persona que pretende adoptar lo hubiese tenido bajo su protección y cuidado antes de cumplir esta edad, se permitió que el hijo natural pudiera ser adoptado por su padre o su madre, también podía ser adoptado un hijo legítimo del otro cónyuge, si no habían padres que dieran el consentimiento para la adopción este lo podía dar el defensor de menores o la institución de asistencia social autorizada por el Instituto de Bienestar Familiar, además si el menor era púber el debía también prestar su consentimiento, se estableció que para adoptar se requería sentencia judicial que después tenía que ser inscrita en el registro civil, en esta ley se esbozan dos tipos de adopción, la adopción simple que significaba que el adoptivo seguía formando parte de su familia de sangre conservando en ella sus derechos y sus deberes, también conservaba el apellido de sus padres si eso era lo que se convenía para efectos de sucesión el adoptivo heredaba al adoptante como hijo natural; y la adopción plena que significaba que el

adoptivo deja de pertenecer a su familia de origen, perdiendo estos todos los derechos sobre el adoptado ni podían ejercer ninguna acción de impugnación o reconocimiento, en esta el adoptivo heredaba al adoptante como hijo legítimo, con la plena relación de parentesco es total frente a los adoptantes y su familia; la adopción simple podrá convertirse en plena por solicitud del adoptante; también se dieron tres casos en los que un menor era considerado en condición de abandono, los expósitos, los menores entregados a un establecimiento de asistencia social sin ser reclamados en el término de 3 meses, y el menor que se haya entregado por su representante legal para que sea dado en adopción. Se instauró que el defensor de menores era quien debía declarar el estado de abandono antes de iniciar el proceso de adopción.

Con la entrada en vigencia del código del menor se introducen nuevas reglas con respecto a la adopción, en el artículo 88 se consignó 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 en personas que no lo tiene por naturaleza.”* En este código que se expidió como una manera de darle protección a los menores, se establecieron una serie de medidas de protección para los niños que se encontraban en situaciones irregulares y entre ellas se estableció la adopción como una de ellas, la más drástica que solo se podía decretar cuando el menor había sido declarado en situación de abandono, lo más importante es que se eliminó la figura de la adopción simple, así que solo queda una forma de adopción mediante la cual el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo vínculo de consanguinidad, quedando unido en a su familia adoptiva.

Después expiden el código de infancia y adolescencia mediante la ley 1098 de 2006 en la cual, se establece que para aplicar la medida de protección de adopción se debe primero adelantar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos que únicamente puede ser

llevado por el defensor de familia o el juez de familia si el defensor pierde competencia, este proceso termina con la declaración de adoptabilidad que debe ser homologada por un juez de familia, surtido el trámite el niño o niña debe ser incluido en la lista de adoptables que es llevada por el Instituto de Bienestar Familiar .

El derecho a tener una familia está protegido constitucionalmente dentro del artículo 42, en el cual se consagra como un derecho fundamental, que el estado debe proteger y garantizar a todos los habitantes del estado colombiano, luego en el artículo 44 manifiesta que los niños son titulares de derechos, a la vida , la integridad física, la salud, a una alimentación equilibrada, su nombre, su nacionalidad, tener una familia y no se separados de ella, cuidado el amor, la educación y la cultura la recreación y la libre expresión de su opinión; todos estos derechos se ven recreados en un solo derecho el derecho tener una familia que sea garante de estos derechos y su goce, por lo cual cuando un niño es declarado en estado de abandono no es porque se ha demostrado que no se le está respetando ni garantizando sus derechos fundamentales por lo que la adopción para un niño declarado en estado de adoptabilidad se convierte por conexidad en un derecho fundamental que debe ser protegido y garantizado por el estado, para que ese niño por medio del proceso de adopción vuelva al seno de una familia que le va a brindar lo necesario para que pueda hacer un pleno disfrute de sus derechos.

IX. QUIENES PUEDEN ADOPTAR Y QUE REQUISITOS SON EXIGIDOS

En la ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia encontramos todos los lineamientos y las normas para el proceso de adopción, los requisitos generales para adoptar los ubicamos en el artículo 68, en el cual se exige que pasara adoptar se debe tener plena capacidad, ser mayor de 25 años, demostrar la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para ofrecerle una familia adecuada y estable a un menor de 18 años y ser mayor

que el adoptado por lo menos 15 años, aun cuando no se encuentre especificado en el artículo la adopción en Colombia solo está contemplada cuando es conjunta para parejas heterosexuales, y cuando es por una sola persona se debe demostrar la idoneidad moral de la que se habla en el artículo que para el legislador, la jurisprudencia y parte de las opiniones públicas no se predicen de las personas que tiene preferencia sexual hacia las personas de su mismo sexo.

En Colombia pueden adoptar las personas solteras, los cónyuges o compañeros permanentes, el guardador al pupilo o ex pupilo si ya han sido aprobadas sus cuentas, el cónyuge o compañero permanente al hijo de su pareja.

Para llegar a la adopción se deben primero cumplir una serie de etapas que empiezan por el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en el cual el defensor de familia o en su defecto el juez de familia, determinara si el niño o niña puede ser declarado en adoptabilidad, el niño o la niña que sea sujeto de esta medida, será incluido en la lista de adoptables de las oficinas regionales del Instituto de Bienestar familiar; la segunda etapa de la adopción es la judicial en la cual se interpone una demanda de adopción ante el juez de familia del domicilio de la persona o entidad que tenga a cargo el niño, la demanda solo puede ser presentada por los interesados en ser declarados padres adoptivos mediante apoderado judicial, la demanda será acompañada por los anexos expresamente pedidos en el artículo 124 del Código de Infancia y adolescencia , el consentimiento, copia de la declaratoria de adoptabilidad, registros civiles del niño y los adoptantes, registro civil de matrimonio o prueba de la convivencia de compañeros permanentes, certificación de la idoneidad de los adoptantes expedida por el Bienestar Familiar o entidad autorizada, certificado de antecedentes penales, certificación de la vigencia de la licencia de funcionamiento de la casa o

albergue donde se encuentre el niño y la aprobación de cuentas del curador si es procedente, además si la solicitud es de un extranjero debe adjuntar otros requisitos adicionales, certificación de entidad oficial o privada comprometida al seguimiento del niño hasta su nacionalización, autorización del país de los adoptantes para el ingreso del niño, concepto favorable de la adopción emitido por el defensor de familia, luego de transcurrir las etapas del proceso se decreta la adopción mediante sentencia judicial, mediante la cual cuando es debidamente ejecutoriada establece la relación paterno filial entre el adoptado y los adoptantes.

Algo que es muy importante resaltar en un proceso de adopción es que una vez tomada la decisión y después de la sentencia, la adopción es irrevocable, el adoptivo llevara los apellidos del o de los adoptantes, por lo que entra a ser parte de la familia con sus derechos y deberes, por consiguiente el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre o de origen y se extingue todo parentesco de consanguinidad, sin embargo mediante un fallo de tutela emitido por la Corte Constitucional de noviembre de 2011, se permitió que la adopción fuera revocable por dos motivos específicos, primero cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cometiera errores en el procedimiento administrativo y cuando se vulneran los derechos de los menores o de sus familias biológicas del menor adoptado, ósea que una adopción se puede revocar por cuestiones de fondo o de forma, este procedimiento solo aplicaría cuando el recurso de revisión no sea suficiente para corregir los errores de la sentencia. (Pretel, Jose. 2011. Sent. T-844). De todas formas lo más importante es que la adopción más que un procedimiento administrativo y judicial, es un acto de amor, que le permite a un niño desamparado tener la oportunidad en la vida de tener y pertenecer a una

familia que le brinde lo necesario para que tenga un desarrollo normal y feliz dentro de la sociedad.

ADOPCION POR HOMOSEXUALES

La adopción por homosexuales es un tema poco explorado y que no ha tenido muchos avances en nuestro país, en algunos países del mundo es un derecho que ya se les ha otorgado, pero el debate siempre ha sido el mismo si la inclinación sexual o vivir con padres que sean del mismo sexo afecta o no el desarrollo psico - afectivo de los menores que son entregados en adopción, hoy en día en Colombia estamos teniendo este debate en el cual el argumento principal es la que una persona que tiene estas inclinaciones sexuales no tienen la idoneidad moral de la que habla el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia como uno de los requisitos esenciales para que una persona pueda llegar a adoptar.

Son varios los intentos infructuosos donde se han intentado obtener sentencia de adopción a favor de personas del mismo sexo, que han sido negadas, pero esto genera un problema puesto que a falta de legislación hay una desprotección a los niños especialmente, porque a pesar que la adopción esta proscrita para las parejas gay, hay muchos niños que se encuentran viviendo en hogares de este tipo, ya sea porque uno de sus miembros lo tuvo con anterioridad, o porque se realizó en caso de las mujeres una inseminación , o porque simplemente lo adoptó como persona soltera y en ningún momento manifestó su condición sexual, esto nos lleva a que primero se hagan ”adopciones “ ilegales, y que no se cumplan con todos los estudios necesarios que garanticen al niño que le van a brindar lo necesario para su desarrollo, segundo que en caso de una pareja que uno de ellos haya tenido un hijo y que el otro no lo haya podido adoptar como hijo de su pareja, en el caso que el padre muera el niño quede en un limbo porque es su hijo afectivamente pero no es su hijo legalmente por lo que

no va a poder permanecer en su familia, ni va a poder exigir alimentos ni tener derechos a seguridad social ni hereditarios, entonces el interrogante que nos planteamos en este caso que es mejor seguir permitiendo estas especies de adopciones ilegales donde claramente se pueden ver afectados los derechos de los niños, o hacer una buena reglamentación alrededor del tema que le permita al estado hacerle un seguimiento cercano a estos casos y poderle garantizar todos los derechos a los niños para que tengan un buen desarrollo?

En comunidades donde las circunstancias socio-económicas generan niñez desprotegida, con ausencia física de los padres o que por determinación legal, los infantes son puestos en custodia del estado, es necesario tener un sistema de adopciones robusto, con el cual garantizarles a los niños el derecho a una familia, el amor y la protección de los padres. Este derecho es inalienable y de esto se podría decir que estaría por encima de consideraciones subjetivas, ya sean esta de índole moral o religiosa. En este contexto, de manera independiente pero íntimamente relacionada esta el derecho de personas heterosexuales a la adopción sin discriminación ni estigmatización, el estudio que determine las calidades y cualidades necesarias para ejercer la paternidad debería ser independiente de la opción sexual, y no debería estar condicionado a esta, de esto nos podríamos hacer los siguientes cuestionamientos ¿Qué es más importante, la discriminación en torno a la orientación sexual, o el derecho de un niño a pertenecer a una familia y no se separado de ella? ¿ la marginación y el señalamiento en razón de las preferencias sexuales o que un niño en condición de adoptabilidad cumpla la mayoría de edad esperando ser adoptado y no lo logre por prejuicios sociales?; tal vez en el momento no tendríamos las respuestas, una parte se iría por apoyar la adopción y otra parte por repudiarla, y la cuestión es cultural y social somos una sociedad que aún no se encuentra preparada para aceptar abiertamente que en la

sociedad existen personas con otras orientaciones sexuales diferentes, y que estas personas puedan o no conformar una familia como tal, en la que hayan padres e hijos unidos por un lazo no necesariamente consanguíneo si no civil pero sobretodo afectivo; en este punto explícitamente daremos una mirada a dos casos que se hayan presentado al respecto en el que uno después de una larga pelea se dictó sentencia a favor de la adopción de una persona homosexual.

Observando el panorama jurisprudencial acerca de la adopción por parejas del mismo sexo en Colombia nos encontramos con la sentencia C - 814 de 2001, en la que el actor demanda la constitucionalidad de la expresión “*moral*” del artículo 89 y el numeral 2 artículo 90 del código del menor en la parte de “ *la pareja formada por un hombre y una mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años*”, por considerarlos violatorios de la constitución, el demandante considera que exigirle a una pareja una idoneidad moral para adoptar, es discriminatorio frente a los padres biológicos puesto que a estos no se les exige tal requisito para procrear, por lo que resultaría inconstitucional y discriminatorio pedir rechazar una solicitud de adopción en razón de que no se incline por una moral especial; frente el artículo 90, el actor manifiesta que es una clara discriminación en contra de las parejas homosexuales, al prohibirles adelantar un proceso de adopción en razón de su orientación sexual.

Al respecto la corte ha dicho que el “interés superior del menor” debe ser el que rija todo el proceso de adopción, así que el juez para tomar su decisión debe siempre tener en cuenta la prevalencia de los derechos del adoptante frente a los derechos de los que quieren adoptar, por ello un sentencia judicial que se aparte del interés general reconocido

constitucional e internacionalmente resultaría ser inconstitucional, ya que lo que se busca con un proceso de adopción es la protección de menor sobre cualquier cosa.

Respecto a la idoneidad moral la corte manifiesta, que el criterio de moralidad es que se exige para cualquier procedimiento en la vida diaria, en el caso de las adopciones todas las decisiones que se tomen deben estar justificadas en la aplicación de normas claras, univocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que le garanticen al menor la adecuada formación y desarrollo, además que los padres son los primeros llamados a educar a sus hijos dentro de una moral social, que sin esta moral no se puede vivir en un contexto de armonía y paz social que con la vivencia y el ejemplo es como se enseña la moral familiar, así que de acuerdo a la moral social y la moral pública el legislador puede definir situaciones jurídicas como una sentencia de adopción, de acuerdo a esto, al bloque de constitucionalidad y a la doctrina, que es posible que los derechos fundamentales se vean limitados en razón de la moralidad pública, en base a los argumentos esbozados la corte dice que la exigencia de la idoneidad moral para el proceso de adopción es constitucional, en base a que la idoneidad moral debe ser entendida como la moral social o pública exigida a todos los ciudadanos y no como una exigencia en cuanto al comportamiento ético, al cual el juez puede acudir de acuerdo a sus convicciones personales para definir la idoneidad moral del solicitante.

Respecto al segundo cargo, la restricción que hace el numeral 2 del artículo 90 del Código del Menor, la Corte dice que esta norma no permite hacerle una interpretación subjetiva, pues el texto es completamente claro y dice que solo se acepta una adopción conjunta en dos casos, entre un hombre y una mujer unidos por vínculo matrimonial, o por un

hombre y una mujer que hayan convivido durante de 3 años, por lo anterior no es posible dar un fallo interpretativo de la norma puesto que la norma solo admite un entendimiento.

Analizando si la restricción del mencionado artículo es inconstitucional por se discriminatoria para las parejas homosexuales, la corte concluye que no puesto que la familia que protege la constitución es la familia heterosexual y monogamia, y la concepción de familia no corresponde a la comunidad de vida que se origina en el convivencia de dos personas del mismo sexo, por lo tanto no sería posible dar en adopción a un menor por cuanto este proceso es para garantizar el derecho a una familia que no tendría dentro de una relación de parejas homosexuales, ya que la constitución solo pretende proteger a la familia constitucional sin discriminar a las parejas homosexuales como tampoco a otro tipo de parejas que pretendan llamarse familia pero que no estén reconocidas dentro del artículo 42 de la Carta Magna, por lo que este artículo pretende es limitar al juez para que solo otorgue la adopción a personas que pretenden formar una familia dentro del concepto constitucional esto de acuerdo al interés superior del menor y garantizándole el derecho fundamental a pertenecer a una familia.

De acuerdo a los anteriores argumentos la Corte decide declarar exequibles los dos apartes demandados. (Monroy, Marco, G. 2001. Sentencia C – 814).

Uno de los casos más sonados y discutidos en el momento en la sociedad colombiana es el de Verónica y Ana una pareja, que se formalizo su relación en una notaría en Alemania en 2005, y que luego de un tiempo de convivencia decidieron tener hijos, para lo cual acudieron a la inseminación artificial de Ana, la cual dio a luz a una niña dos años después y aquí en Colombia volvieron a acudir a un médico en el cual Ana se hizo una segunda

inseminación de la cual nació un niño, ellas decidieron que para poder garantizarle a los niños los derechos, decidieron que Verónica hiciera el trámite de adopción previsto por las leyes colombianas de los hijos de la pareja, que a través de la adopción y de la creación del vínculo legal de los niños con Verónica, ellos tengan la oportunidad de heredarla, ser beneficiarios de la seguridad social y gozar de sus derechos patrimoniales; para lo cual reunieron el papeleo que exige el ICBF para estos trámites e hicieron la solicitud, solicitud que fue negada argumentando que el proceso era inviable puesto que no llevaban suficiente tiempo de unión marital y no eran consideradas como familia, sin embargo ya al negativa de la respuesta decidieron asesorarse legalmente e interponer una acción de tutela, la cual fue conocida en primera instancia por una Jueza de Rio Negro Antioquia la cual le ordeno al ICBF que continuara con el proceso de adopción, aunque el ICBF apelo en fallo ante el Tribunal Superior de Antioquia, el fallo confirmo la sentencia de primera instancia, por lo que se pidió que el fallo fuera revisado por la Corte Constitucional; hasta la fecha se está esperando la decisión de la corte constitucional, este proceso ya lleva tres años y alrededor del tema se han hecho varios pronunciamientos de diferentes instituciones, algunas apoyando la adopción por parejas homosexuales y las otras manifestando su desacuerdo. (Kienyke.2013. Ana y Verónica siguen esperando.www.kienyke.com)

El segundo caso que queremos dar a conocer es el del estadounidense Chandler Burr, quien consiguió que mediante una sentencia le concedieran en adopción dos niños de 11 y 13 años, a quienes él apoyaba hace años por medio Kidsave, un programa social que pretende ayudar a niños de países tercermundistas, a pesar que a el ya se le habían dado los niños en adopción el ICBF decidió revocar e tramite por que se enteraron de la condición sexual del periodista el cual en alguna ocasión le manifestó a la funcionaria que él era “gay” por lo cual

y a pesar el evidente cariño y cuidado que el manifestó con los menores, en uno de los argumentos para quitarle a los niños es que el por su condición sexual representaba un peligro para los menores, por cual esta decisión fue llevada a la Corte Constitucional la cual en un fallo histórico avaló la adopción y ordenó entregarle los menores al padre adoptivo.

La sentencia por medio de la cual se dictó este fallo tan controvertido es la T – 276 de 2012 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretel Chaljub, el actor interpuso acción de tutela en contra del ICBF, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como los derechos de los niños a tener una familia y no ser separado de ella y a no ser discriminados por su origen familiar, el actor basa la tutela en que adelantó un proceso de adopción ante el ICBF, rigiéndose bajo las normas colombianas y de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano, tras adelantar todo el proceso administrativo, mediante sentencia judicial se le otorgó la adopción de los menores, y después de esto se iniciaron todos los trámites para la salida del país de los menores, el demandante relata que en una ocasión se encontraba cerca de la sede del ICBF y decidió ir a despedirse de algunos funcionarios que habían colaborado en su proceso, ocasión en la cual sostuvo una conversación informal con la subdirectora de adopciones, en la cual él le manifestó su preocupación por la negativa de conceder adopciones a personas homosexuales dando su punto de vista como persona homosexual, y que nunca fue considerado no apto para adoptar, cosa que inquietó a la funcionario a la cual le preguntó si él tenía pareja y él respondió que sí; acto seguido se dirigió a reclamar las visas de sus hijos, pero en la embajada él informó que habían sido negadas, ya que el ICBF había enviado comunicación en la que manifestaba que se impedía la salida del país de los menores

Después de esto se ordenó iniciar un proceso de restablecimiento de los menores, y se formuló denuncia penal en su contra, luego los niños fueron devueltos al hogar de paso donde él tuvo contacto por medios virtuales, al principio constante mente y luego por restricciones establecidas por la defensora de familia muy esporádicamente.

El actor manifiesta que las actuaciones del ICBF, tiene como sustento su orientación sexual y no la condiciones óptimas en que se encontraban los niños, además que estos procedimientos se desataron por una conversación informal en la que la funcionaria interpretó que él convivía con una persona del mismo sexo y que esta información se había ocultado dentro del proceso, cosa que no es verdad, además que en la normatividad vigente para la adopción por solteros no es obligatorio mencionar a orientación sexual como requisito para el análisis de la viabilidad del proceso de adopción.

En la sentencia de primera instancia se niega el amparo de los derechos, por considerar que no se le vulneran, y que el accionante tiene otros mecanismos judiciales que puede interponer en contra del proceso de restablecimiento de derechos.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la sentencia de primera instancia, aduciendo que la orientación sexual del demandante sí era un dato relevante que debía haber puesto en conocimiento durante el proceso de adopción, además que el proceso de restablecimiento de derechos sí era el medio idóneo para controvertir la legalidad de las actuaciones procesales del ICBF.

Las consideraciones de la sala séptima de revisión de tutelas al respecto fueron que de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos este tipo de procesos administrativos deben estar de acuerdo con los principios de interés superior del niño, el

debido proceso y el derecho de los niños a ser oídos; asimismo la corte afirmó que la intervención del estado en las relaciones familiares solo puede darse cuando hay una evidente vulneración de los derechos y de forma subsidiaria, además que cuando se decida separar a un niño de su familia , deben demostrar inequívocamente el perjuicio al que está siendo sometido en el medio familiar que se encuentra, además que cuando el niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia, el alejarlo de ella se le está afectando el interés superior de sus derechos, cosa que va en contra de los principios constitucionalmente protegidos.

La Sala considero que la tutela era viable puesto que él era el titular de los derechos y como padre adoptante era el representante legal de los niños de los cuales también pedía la protección de sus derechos, asimismo el ICBF es una institución pública y el peticionario interpuso la acción de tutela dentro del término establecido además ya había agotado los recursos que podía presentar dentro del proceso administrativo.

En el caso se demostró que la medida de restablecimiento adoptada por el ICBF - devolver a los niños al hogar sustituto- podrían causarle serios perjuicios a los menores de acuerdo a los dictámenes psicológicos.

A pesar que la medida se adoptó para evitar u perjuicio mayor a los niños, el ICBF no logro demostrar que existía una amenaza emocional sobre la “salud emocional de los niños”, además que esa amenaza era consecuencia de la falta de manifestación por parte del adoptante de su orientación sexual, tampoco se demostró que la amenaza fuera tan grave que requiriera una medida tan drástica como la de haberlos separado de su padre, y que fue una falta que la defensora no tuviera en cuenta la opinión de los niños al momento de tomar la decisión de reubicarlos en un hogar de paso, en razón a esto la Sala considero que las decisiones tomadas

por la defensora de familia fueron arbitrarias, tanto así que lesionaron los derechos fundamentales del padre y los menores, al debido proceso y a la unidad familiar.

Por lo anteriormente expuesto la Sala resuelve revocar los fallos de instancia emitidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en la que confirmo el fallo proferido por el Juzgado 26 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales de actor y sus hijos, al debido proceso, a la unidad familiar y de los niños a que sean escuchados y a que sus opiniones sea tenidas en cuenta, segundo dejar sin efecto todas las resoluciones emitidas por el ICBF y ordenar la entrega y la custodia definitiva de los niños a su padre adoptivo. (Pretel, Jorge, I. 2012.Sentencia T – 276).

Esta sentencia, es lo más reciente que se ha logrado en cuanto a la concesión de este derecho a personas homosexuales, un fallo que ha generado polémica y críticas en todos los ámbitos de la sociedad Colombiana, pero que abre una brecha y una esperanza para que se legisle al respecto.

Finalmente terminamos este capítulo con la inclusión de un concepto al respecto de la Psicóloga Rocío del Pilar Maestre Preciado, Magister en Psicología Clínica y de la Familia. Universidad Santo Tomás, *“Este ensayo hace un recorrido por los conceptos de Familia, Parentalidad, homo parentalidad, y adopción; así mismo retoma estudios sobre la adopción homo parental y algunas reflexiones sobre las familias homo parentales y heteroparentales que tienen probabilidades de adoptar.*

En cuanto a la noción de familia, me referiré a la citada por el Instituto de Bienestar Familiar en sus Lineamientos Técnico administrativos misionales para la atención a familias.

Familia: Es una unidad ecosistémica de supervivencia y de construcción de solidaridades de destino, a través de los rituales cotidianos, los mitos y las ideas acerca de la vida, en el interjuego de los ciclos evolutivos de todos los miembros de la familia en su contexto sociocultural.

Parentalidad: Es más que un hecho biológico.(Romero 2007), es un hecho cultural que acaece en un proceso de construcción y de definición social acerca de lo que se considera qué es la paternidad y la maternidad. Ambas realidades, paternidad y maternidad, se construyen en el entramado de las relaciones sociales. Una cualidad muy importante del ser humano es su capacidad de formar y mantener relaciones significativas, definidas culturalmente, sin las cuáles no se puede dar la supervivencia y el aprendizaje humano. Dentro del entramado de las relaciones interpersonales e inter -grupales quedamos vinculados o adheridos unos a otros. En estos círculos de relaciones sociales significativas se construyen estas realidades.

Familia homoparental: Es aquella donde una pareja de hombres o de mujeres se convierten en progenitores de uno o más niños. Las parejas homo parentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial en el caso de las mujeres. También se consideran familias homo parentales aquellas en las que uno de los dos miembros tienen hijos de forma natural de una relación anterior. (Morechi 2007)

Adopción: Es principalmente y por excelencia, una medida de protección integral al niño, niña y adolescente a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se

establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. (ICBF lineamientos programa de adopción)

Ahora bien, conectando los conceptos anteriores podemos pensar en cuanto a la noción de familia que tanto las parejas homosexuales como heterosexuales están en condición de configurar esta unidad de supervivencia puesto que como lo menciona Hernández (2007), la familia se constituye por vínculos que van más allá de la consanguinidad y que se crean en el movimiento azaroso de la vida social, convertido en contexto propicio para que surjan sistemas significativos de relaciones. Es así que aquella pareja que independientemente de su sexo construye conjuntamente un escenario de relaciones significativas a partir de las cuales tramita las necesidades afectivas, sociales y de supervivencia puede ser considerado un espacio propicio para brindar protección a un niño, niña o adolescente. Insisto en mencionar a la par las familias heteroparentales como homoparentales en el desarrollo de este texto dado que ello implica poner en un mismo lugar la capacidad de cuidado protección, afecto y vinculación, educación y socialización de estos dos tipos de familia.

Por su parte el concepto de familia arriba citado permite profundizar sobre la noción de solidaridades de destino. Allí, de nuevo toma vigencia la concurrencia de ciertas necesidades de apoyo y funciones de la familia en términos de cuidado apoyo y afiliación visionándola como una red de relaciones. Es así que el proceso de adopción en familias homo-parentales tal como sucede en las familias hetero –parentales da cuenta de un acto solidario y de deseo de protección hacia un niño, niña o adolescente. Las solidaridades de destino, se construyen en rituales cotidianos, ideas compartidas acerca de la vida, que se construyen en el transcurrir diario de una familia tanto homo-parental como hetero parental.

La revista American Journal of Orthopsychiatry publicó un estudio de la Universidad de California (EEUU) sobre la repercusión de ser educados en familias homosexuales y heterosexuales. Dentro de las conclusiones más importantes se destaca que entre 82 niños, de 4 a 8 años de edad, que fueron adoptados indistintamente por parejas heterosexuales y padres o madres homosexuales, el aumento de sus capacidades intelectuales y la adaptación fueron prácticamente iguales:

“Durante el seguimiento de esas familias, durante los dos primeros años tras la adopción, se efectuó a los niños pruebas psicológicas para estimar su desarrollo cognitivo y de adaptación, y se entrevistó periódicamente a los padres y madres para conocer el comportamiento de esos niños. Tanto los hijos acogidos por heterosexuales como por homosexuales, hombres y mujeres, aumentaron 10 puntos sus capacidades intelectuales y se estabilizaron sus problemas de conducta.” Los investigadores del estudio reiteraron que “todo lo que los niños demostraron necesitar era el estímulo de sentirse queridos”.

Por otro lado, la revista Adopción Quarterly, publicó un estudio en el que se comparan a las parejas homosexuales y lesbianas; este estudio reafirma la capacidad de las parejas homo parentales para criar hijos adoptivos develando que orientación sexual de los padres adoptivos no tiene impacto sobre el desarrollo emocional de los hijos.

Además, los investigadores mencionaron que “si los padres estaban satisfechos con el proceso de adopción, tenían un ingreso estable y funcionaban bien como familia, el riesgo de problemas emocionales en los niños se reducía haciendo énfasis en que la orientación sexual de los padres adoptivos no era un vaticinador importante de problemas emocionales”.

El informe preliminar "El desarrollo infantil y adolescente en familias homoparentales, da cuenta de las capacidades de las familias homo parentales para ejercer la parentalidad. "

Corolario a lo anterior, el ejercicio de la parentalidad surge y se desarrolla en momentos específicos del ciclo evolutivo, con necesidades, demandas, tensiones y estresores propios de cada momento vital, en esa medida la familia homo-parental y hetero parental se enfrentaría entonces a procesos de ajuste y adaptación teniendo en cuenta la acumulación de las demandas, las capacidades de la familia y el significado que la familia brinda a estos eventos.

A continuación menciono algunos cambios propios del momento vital de las familias tanto homo-parentales como hetero-parentales que implican cambios y ajustes en los sistemas familiares, lo anterior implica que se da un inter-juego entre el ciclo evolutivo y la llegada del nuevo miembro a la familia homo-parental o hetero-parental.

No será lo mismo iniciar un proceso de adopción en:

Pareja recién conformada sin hijos: los procesos cambio requeridos para el progreso implican formación del sistema marital y ajustes en las relaciones de la familia extensa y amigos para incluir al cónyuge.

Adicionalmente este contexto requiere de ajuste anterior abrir espacios específicos para el nuevo miembro de la familia.

Familia homoparental o heteroparental con un hijo entre los 0 y 5 años: Este proceso implica ajuste de la pareja para abrir espacio al niño de primera infancia, asumir roles

parentales, ajustar las relaciones con la familia extensa etc, para incluir roles de padres y abuelos. (Hernandez 2005).La adopción en este punto implica acomodación de todo el sistema para incluir al nuevo miembro, ajustar las relaciones con el subsistema fraternal, social y de la familia extensa. Según un informe de la Academia Estadounidense de Pediatría (AAP), los niños adoptados a partir de los 4 o 5 años, frecuentemente suelen necesitar ayuda psicológica para adaptarse al nuevo hogar y al nuevo entorno, sin que en esto tenga nada que ver la orientación sexual de los adoptantes, sino con los problemas que arrastran por su pasado conflictivo.

Familia homoparental o heteroparental con niños escolares entre los 6 y 12 años: se incorpora en el marco de las relaciones, la vinculación con otros sistemas como el escolar y el social, ello implica que la llegada de un nuevo miembro a la familia implicara reajustes del hermano mayor a su nuevo rol, ajustes de la familia en los distintos contextos sociales para la inclusión y reconocimiento del nuevo miembro.

Familia homoparental o heteroparental con hijos adolescentes, la relación parental está centrada en permitir la movilidad del adolescente dentro y fuera del sistema, se reencuadra la vida marital y personal de los padres y manejo de dificultades y tensiones propias de las diferencias generacionales, este escenario incorpora tensiones importantes que implican el manejo de estas vivencias y adicionalmente con la llegada del nuevo miembro el reajuste del sistema fraternal , el rol del hermano adolescente y el rol de los padres ante el nuevo miembro de la familia.

Algunos estudios han concluido que los hijos de familias homoparentales no difieren de los que viven con progenitores heterosexuales en ninguna dimensión del desarrollo

intelectual o de la personalidad (autoestima, lugar de control, ajuste personal, desarrollo moral, etc.). Tampoco difieren en identidad sexual, identidad de género u orientación sexual. Asimismo, mantienen relaciones sociales normales con sus compañeros y compañeras y son tan populares entre ellos como los hijos o hijas de heterosexuales (Falk, 1994; Patterson, 1995; Patterson y Redding, 1996; (Tasker y Golombok, 1997) llevaron a concluir a distintas personas expertas que la orientación del deseo de los progenitores no parecía ser un factor determinante en la construcción del desarrollo infantil.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos identificar la complejidad de las dinámicas relacionales de las familias homo-parentales y hetero-parentales frente a un proceso de adopción que incorpora además aspectos socioculturales de un contexto particular.

Por último, pongo en consideración la siguiente tesis: el tránsito en la filiación de un niño en adoptabilidad o declarado en abandono, a un estado de adopción por parte de una pareja homoparental o heteroparental, se constituye de hecho en un factor de generatividad para el niño, niña o adolescente y la familia que lo acoge, dada la noción de protección legal que se brinda al niño, niña o adolescente en donde esta filiación es legitimada por los dispositivos legales del estado regulando los vínculos y reglamentando las obligaciones sociales, económicas y morales entre los miembros de la familia. Filiación desarraigada o inexistente hasta entonces para el adoptado.

Es así como las nociones de parentalidad, homoparentalidad, heteroparentalidad, protección, solidaridad y familia se conjugan en la realidad y se abren... a la diversidad.

Vínculos emocionales y afectivos: son erótico-afectivo en la pareja y afectivos en la relación parental.

□ *Vínculos económicos: le dan a la familia el carácter de sociedad para la supervivencia; son vínculos de cooperación instrumental y de solidaridad económica, en los cuales se apoya la construcción del patrimonio familiar.*

□ *Vínculos sociales: fundan el sentido de pertenencia, identidad, tradición, nombre, prestigio e inserción social.*” (Preciado, Rocío del Pilar. 2013. Ensayo: adopción, diversidad y parentalidad)

X. RAZONAMIENTO EN CONTRA DE LA ADOPCION POR HOMOSEXUALES

La principal razón que se está esbozando en contra de la adopción de menores por parte de parejas homosexuales, es la falta de idoneidad moral de estas personas, que se presumen en razón de su orientación sexual.

Una de las razones expuestas en el medio psicológico es que todos los niños para su sano crecimiento necesitan de un padre y de una madre para tener un modelo de género del cual puedan aprender; manifiestan que no solo se necesita tener amor si no un modelo familiar correcto el cual ha sido a través de la historia, el conformado por un padre y una madre. El amor y el cuidado es uno de los argumentos más fuertes de la lucha de las parejas del mismo sexo por adoptar, pero esto no es suficiente para darle un entorno adecuado a los niños, por lo cual el principal argumento que debe regir las adopciones debe ser el interés superior de los niños, sobre el interés y el derecho de igualdad de las parejas del mismo sexo, ya que darle un niño en adopción a una pareja homosexual de la cual no tenemos referencia que sea un éxito y no tenga repercusiones específicas en su desarrollo mental social, será hacer un experimento con un ser humano, al cual se le deben garantizar sus derechos por prevalecer por encima de los demás. (Santos, M, Vidal. 2009. 5 razones contra la paternidad de las parejas homosexuales. Hazteoir. www.hazteoir.org/node/22191).

De acuerdo a la opinión del psiquiatra español Enrique Rojas, dice que la adopción de niños por parejas homosexuales no es buena porque según el este proceso se asemeja a un procedimiento medico en el cual se exige un consentimiento informado por parte del paciente para administrar algún medicamento o para realizar algún procedimiento en el cual se le explica los efectos secundarios, entonces expresa que el niño no está en capacidad de dar un “consentimiento informado” en el cual manifieste si quiere pertenecer a una familia heterosexual u homosexual, este psicólogo al igual al que otros, están de acuerdo en que las parejas gay constituyen un laboratorio psicológico en el cual el niño adoptado es sometido a un experimento en el cual no se sabe a ciencia cierta, cuál va a ser el resultado; otro argumento que proyecta el psicólogo es que cuando un niño se desarrolla entre parejas del mismo sexo es más fácil que tenga tendencias homosexuales en el futuro, a parte el niño pierde una parte de información puesto que le falta la imagen del padre o de la madre según el caso, y se debe tener en cuenta que el niño construye su personalidad a partir de sus padres , en esto se basa lo que llamamos el modelo de identidad. (Giménez, M. Victoria. 2004, 28 Septiembre. Los argumentos del prestigioso psiquiatra Enrique Rojas contra las adopciones homosexuales. Forumlibertas www.forumlibertas.com/fronted/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=832).

De acuerdo a unos estudios que se realizaron a niños de diferentes edades que se desarrollaron en parejas del mismo sexo y parejas homosexuales, se concluyó que el entorno óptimo para que un niño crezca es el de una pareja heterosexual, por otro lado de acuerdo a los resultados se evidencio que las parejas homosexuales no son idóneas para adoptar un niño debido a que en su entorno social se encuentran más factores de riesgos entre los cuales se encontraron inestabilidad emocional, problemas psicológicos y consumo de drogas, también se hace referencias a estudios realizados a los niños que se desarrollaron en hogares de parejas gay, los

cuales demostraron las peores conductas en diferentes campos y sociabilidad.(De Irala y Del Burgo, 2006 sept-dic. Los estudios de adopción de parejas homosexuales: mitos y falacias. Cuadernos de Bioética. Español.free-ebooks.net).

Finalmente en reciente casos conocidos alrededor del mundo, vimos como una pareja homosexual que consiguió la adopción de un niño ruso hacia 8 años, y desde que el menor tenía 2 años había sido violado y grabado, y muchas grabaciones habían sido compartidas en internet en una red de pornografía, los abusadores le habían hecho creer al niño que esto era algo normal y le habían enseñado como responder en caso de que le preguntaran, (Trome, 2013, 1 de julio. Trome. Pareja homosexual violó y grabó a su hijo adoptivo.<http://trome.pe/actualidad/1598139/noticia-pareja-homosexual-violo-grabo-su-hijo>); otro caso es el de un niño español que fue adoptado por una pareja gay en la cual uno de sus padre adoptivos lo violaba, el niño en repetidas ocasiones manifestó los abusos cometidos a él, pero no fue tomado en cuenta y hasta fue diagnosticado como niño rebelde y le prescribieron fármacos para la psicosis, últimamente fue escuchado y se demostró que había sido abusado por su padre.(Ñanduti. 2013, 15 de mayo. pareja gay abusó sexualmente de su hijo. Ñanduti. www.nanduti.compy/v1/noticias-masphp?id=70566).

Estos son apenas dos ejemplos de los muchos abusos que se presentan por los padres con tendencias homosexuales a los niños que han recibido en adopción, porque a pesar de que no es un imperativo que las personas homosexuales tienen esa condición en razón que también fueron abusados, algunos si lo son por esta situación, y generalmente un niño abusado va a ser un adulto abusador por lo que es importante romper la cadena y no permitir que más niños sigan siendo objeto de abuso por ninguna persona.

XI. RAZONAMIENTO EN FAVOR A LA ADOPCION POR HOMOSEXUALES

Para argumentar esta posición hay que partir de hechos que poco se ventilan o intencionalmente son llevados a un segundo plano, estos hechos son:

1. Los niños y adolescentes adoptables son menores abandonados que muchas veces tienen solo una solicitud de adopción y es ahí donde se tiene que garantizar que sea idónea independientemente de la opción sexual de los aspirantes.
2. Agresores contra la infancia hay tanto heterosexuales como homosexuales.
3. Los homosexuales biológicamente pueden ser padres y muchos de hecho lo son.
4. La mayoría de homosexuales provienen de una pareja heterosexual, para contextualizar, se argumenta por parte de los que se oponen a la adopción gay que las futuras preferencias sexuales del menor estarían sino condicionadas al menos influenciadas por las preferencias sexuales de sus padres, esto no tiene bases científicas y es intrínsecamente discriminatoria.

La sociedad no tiene el derecho a negarle a un niño o adolescente desprotegido la posibilidad de gozar de una familia, por el simple hecho que los solicitantes a su adopción son homosexuales, de manera poco clara y con argumentos menos convincentes tratan de maquillar prejuicios, la atención y la opinión trata de ser manipulada principalmente ignorando hechos y derechos, tanto de los niños adoptables, como de los candidatos a la adopción, un argumento moral no se puede basar en la violación o desconocimiento de derechos fundamentales, tales como la igualdad, el derecho a no ser discriminado y lo más importante el derecho de los menores a pertenecer a una familia que le proporcione seguridad, felicidad, amor, salud, educación, alimentación, etc. Un asunto donde se sentencia el futuro de niños y adolescentes desprotegidos no se puede definir por prejuicios morales, ni basados en disertaciones religiosas, y cuando este discurso moralista y homofóbico no tiene eco en la sociedad entonces el as bajo la manga es “la

protección del interés superior de los menores”, pero detrás de esta carta se ocultan los mismos argumentos manidos y retrógrados e insustentables, donde el matoneo moral es el protagonista, ahora en el presente en contra de las parejas e individuos LGBT que aspiran a ser padres por adopción, y a futuro a los hoy menores que pudieran ser adoptados por estas personas.

Citando un párrafo de la columna de opinión de Rodrigo Uprimny en El Espectador resume de manera acertada el planteamiento actual, donde lo que debe prevalecer es el derecho del Menor, para de alguna forma mitigar la tragedia de niños, niñas y adolescentes en condición de abandono: “Una invocación abstracta del interés superior de los menores para oponerse a la adopción igualitaria no tiene ningún sustento. Pero además termina siendo muy cruel, pues invocando los derechos prevalentes, esta posición los priva de la posibilidad de ser adoptados por parejas homosexuales, que les darían un buen hogar a muchos de los más de 8000 niños y niñas que hoy están bajo custodia del ICBF a espera que alguien los adopte”.

La legislación en países con Estado Social de Derecho se debe basar en argumentos sólidos y particularmente en cuanto tienen que ver con los derechos fundamentales de los niños, se deben tener como fundamentos estudios psicológicos, antropológicos, sociológicos, de todas las ciencias complementarias del conocimiento que involucren la conducta particular y social de los individuos. Esto con el fin de lograr una legislación justa y robusta, rigurosa para garantizar el bienestar particular de los niños adoptables y lo suficientemente respetuosa de la intimidad y preferencias sexuales de los adultos adoptantes.

XII. CONCLUSIONES

1. El interés superior de los niños y la protección de sus derechos especialmente el derecho a pertenecer a una familia, debe prevalecer sobre los derechos de los demás, incluso el derecho a la igualdad.

2. La orientación sexual de una persona, por si misma no puede esgrimirse como argumento para declararla idóneamente no apta para adoptar.
3. En todo el proceso de adopción tanto en la etapa administrativa, como la etapa judicial, se debe garantizar el debido proceso, y el examen exhaustivo de los aspirantes a adoptar, pero no solo en el evento que los aspirantes sean parejas homosexuales, si no que se aplique con el mismo rigor a las parejas heterosexuales y solteros sin importar si inclinación sexual.
4. Los niños por su fragilidad, son más proclives al abuso en todas sus formas, y es deber del Estado y la sociedad protegerlos a toda costa de abusos por parte de cualquier persona sin importar sus inclinaciones sexuales o sus opciones de vida.
5. Tenemos que llegar a un estado en el que la igualdad se predique para todas sus actuaciones y todos sus habitantes, por lo que nos guste o no se va tener que otorgar el derecho de adopción a las parejas del mismo sexo, en ese orden de ideas lo que nos corresponde como sociedad es que se legisle de la manera rigurosa sobre el tema, donde no se dejen brechas que puedan permitir ningún tipo de vulneración, y se decreten medidas que permitan tener un acompañamiento psicológico y social del niño y sus adoptantes durante todo su desarrollo.(Uprimy, Rodrigo. 2012. Interés Superior del menor y adopción igualitaria. El espectador. www.elespectador.com)

XIII. REFERENCIAS DEL TRABAJO

1. Engels, Federico (2000, 2012). El origen de la Familia, la propiedad y el estado. Moscú. Progreso.
2. Constitución 1, de 30 de agosto 1821. Recuperado de www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13690
3. Ley del 20 de junio de 1853 Recuperado de, www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/docpais/matri.doc

4. Rozo, Eduardo. Constitución Política de 1886. 1890
5. Mendoza, Gabriel, E. 2011. Sentencia C 577. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co.
6. Castro, Cristina. 2013, 28, Mayo. El presidente gay. *Ámbito Jurídico*. P. 22
7. Escobar, Rodrigo. 2007. Sentencia C- 075. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co
8. *Ámbito jurídico*, 2012, 13 al 26 de febrero. Uniones homosexuales finalizadas antes de 2007 no tienen efectos patrimoniales: Corte Suprema. pág. 9; CSJ, S. Civil Sent. 66001311000420070042501, dic. 13/11, MP. Fernando Giraldo
9. Monroy, Marco G. 2007. Sentencia C-811 de 2007. Recuperado de www.cortecnstitucional.gov.co
10. *Ámbito jurídico*. 2012, 16 al 29 de abril. Fallo que reconoció derecho a pensión de sobrevivientes a parejas gay aplica retrospectivamente. *Ámbito jurídico*. P. 3)
11. Escobar, Rodrigo. 2009. Sentencia C – 029. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co
12. Pretel, José, I. 2011. Sentencia C – 283. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co
13. Mendoza, Gabriel, E. 2012. Sentencia C- 238 de 2012. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co
14. Pretel, Jorge I. 2011. C, Const., Sentencia. T-844. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co
15. Monroy, Marco, G. 2001. Sentencia C – 814. Recuperado de www.cortecontitucional.gov.co

16. Kienyke.2013. Ana y Verónica siguen esperando.www.kienyke.com
17. Pretel, Jorge, I. 2012. Sentencia T – 276. Recuperado de www.corteconstitucional.com
18. Santos, M, Vidal. 2009. 5 razones contra la paternidad de las parejas homosexuales. Hazteoir. Recuperado de www.hazteoir.org/node/22191
19. Giménez, M. Victoria. 2004, 28 Septiembre. Los argumentos del prestigioso psiquiatra Enrique Rojas contra las adopciones homosexuales. Forumlibertas Recuperado de www.forumlibertas.com/fronted/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=832.
20. De Irala y Del Burgo, 2006 sept-dic. Los estudios de adopción de parejas homosexuales: mitos y falacias. Cuadernos de Bioética. Recuperado de Español.free-ebooks.net.
21. Trome, 2013, 1 de julio. Trome. Pareja homosexual violó y grabó a su hijo adoptivo. Recuperado de <http://trome.pe/actualidad/1598139/noticia-pareja-homosexual-violo-grabo-su-hijo>
22. Ñanduti. 2013, 15 de mayo. pareja gay abusó sexualmente de su hijo. Ñanduti. Recuperado de www.nanduti.compy/v1/noticias-masphp?id=70566.
23. Uprimy, Rodrigo. 2012. Interés Superior del menor y adopción igualitaria. El espectador. Recuperado de www.elspectador.com
24. Preciado, Rocío del Pilar. 2013. Ensayo: adopción, diversidad y parentalidad, escrito exclusivamente por la autora para este trabajo.