

ADOPCIÓN HOMOPARENTAL:  
ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO A PARTIR DE LAS PERSPECTIVAS DE  
LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS QUE LA HAN APROBADO

LAURA JULIANA CHAPARRO PIEDRAHÍTA

YUDY MARCELA GUZMÁN MUÑOZ

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

Asesor: ESTEBAN HOYOS CEBALLOS

UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2017

**Nota de aceptación**

---

---

**Presidente del jurado**

---

**Jurados**

---

---

## Contenido

Introducción	6
1. Adopción por parte de parejas del mismo sexo en América Latina: cambios legislativos y fallos relevantes	13
2. La adopción homoparental en el ordenamiento jurídico colombiano: breve recorrido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el avance paulatino en el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar	34
3. A modo de reflexión: la armonización del principio del interés superior del niño, la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales e intersexuales, y el principio de igualdad como fundamento para aprobar eventualmente la adopción homoparental en Colombia	63
Bibliografía	70

## RESUMEN

El siguiente escrito presenta un estudio de derecho comparado sobre la adopción homoparental en los países latinoamericanos que han aprobado dicha institución (Argentina, los Estados Federales de Ciudad de México y Coahuila, Brasil, Uruguay y Colombia) con el propósito de identificar los cambios legislativos y jurisprudenciales que motivaron su aprobación, y en el caso concreto de Colombia observar el desarrollo que la jurisprudencia constitucional ha realizado en este tema hasta llegar a su reconocimiento, a través del fallo de la sentencia C-683 de 2015, que dicha Corporación ha emitido en este sentido, permitiendo que en nuestro país las parejas del mismo sexo también puedan adoptar; lo anterior, supone un cambio relevante en la línea argumentativa que la Corte Constitucional había elaborado hasta entonces, además de mantener abiertas las discusiones que giran en torno a esta temática.

El desarrollo de nuestro estudio se realiza a través de un recorrido por la legislación y jurisprudencia referida a la adopción por parte de parejas del mismo sexo en cada uno de los países mencionados anteriormente, teniendo en cuenta que muchos de los casos de adopción referenciados, se han resuelto a través de fallos de Altas Cortes, introduciendo argumentos comunes como el derecho de los niños a tener una familia, principio de igualdad e interés superior del menor.

Además, para el caso colombiano se hace un breve recorrido por la jurisprudencia sobre el tema, con el fin de identificar si los argumentos utilizados en cada uno de estos países son similares o análogos a los que ha introducido la Corte Constitucional en sus sentencias, a través del reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI. Se reseñan brevemente también algunos casos como *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* desatado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a través de las reflexiones que este aporta al debate sobre adopción homoparental en el continente.

Este trabajo pretende resaltar todas aquellas razones jurídicas que han sido objeto de discusión en los países latinoamericanos que paulatinamente han aprobado la homoparentalidad, con el fin de identificar argumentos comunes que puedan ser armonizados con las disposiciones sobre esta materia consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, a fin de concluir, que aún siendo la C-683 de 2015 una sentencia hito, los pronunciamientos de la Corte sobre la homoparentalidad distan mucho todavía de lo que realmente ocurre en la práctica, además de la importancia de regular, en primer lugar, otros derechos estrictamente ligados a este, como es el matrimonio igualitario.

## INTRODUCCIÓN

La homoparentalidad<sup>1</sup> es una novedad histórica ligada a dos fundamentales transformaciones en la cultura occidental: por un lado, el hecho que desde el siglo XXI los niños son formados con nuevos valores como consecuencia de los actuales conceptos de familia que han surgido y, por otro, que dentro del dominio científico desde hace más o menos quince años la homosexualidad ya no es considerada por la medicina como una patología ni por la psicología como una perversión<sup>2</sup>. Si la adopción homoparental genera tantos interrogantes, es porque redefine el tradicional triángulo padre-madre-niño que ha constituido, hasta ahora, el modelo familiar tradicional. Además, si el tema se está abriendo debate en la contemporaneidad es porque nos invita a reflexionar sobre nuevas concepciones acerca de la filiación, e indiscutiblemente sobre el concepto de familia.

La adopción por parte de parejas del mismo sexo constituye un cambio del paradigma referente a la posibilidad que los menores puedan hacer parte de una familia y un hogar, incluso si este está conformado por personas de igual sexo. Si bien la homosexualidad tiene como castigo la pena de muerte o prisión en setenta y cinco países entre ellos Emiratos Árabes Unidos, Arabia Saudita, Yemen, Sudán, Irán y Mauritania, la homoparentalidad se ha consagrado paulatinamente en los

---

<sup>1</sup> El término homoparentalidad, es un neologismo creado en Francia en 1977 para designar todas las situaciones familiares en las que al menos un adulto que se autoidentifica como homosexual es, a su vez, el padre de al menos un niño. Este concepto hace referencia a aquellas familias que están conformadas por personas del mismo sexo. Se refiere tanto a las parejas gay y lesbianas que, como pareja, acceden a la maternidad o paternidad, ya sea a través de la institución de la adopción o la maternidad subrogada, como a las familias constituidas por una pareja gay o lesbiana que educa y vive con los hijos de alguno de sus miembros, producto de una relación heterosexual previa.

<sup>2</sup> La homosexualidad fue eliminada del Manual de Estadística y Diagnóstico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría en su tercera emisión de 1973. Posteriormente, El 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la salud excluyó la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud. La decisión, se basó, en parte en los pronunciamientos de la American Psychological Association, organización que luego de diversas investigaciones, concluyó que no existe ninguna asociación inherente entre las orientaciones sexuales y la psicopatología, señalando entonces que las orientaciones lesbianas, gay y bisexuales no son trastornos, pues tanto la conducta heterosexual como la homosexual son aspectos normales de la sexualidad humana.

ordenamientos jurídicos de diversos países del mundo como una figura jurídica que vela por los derechos de todos los menores a tener una familia para desarrollarse en forma integral. Muchas instituciones, entre ellas la Federación Española de Sociedades de Sexología, coinciden al afirmar que la homosexualidad en sí misma no puede ser argumento suficiente para negar la adopción a las parejas del mismo sexo, toda vez que diversas investigaciones antropológicas realizadas a través de las culturas y los tiempos que versan sobre familias, hogares y las relaciones que de ellas surgen, no proporcionan apoyo alguno a la idea de que la civilización o un orden social viable dependen de la familia como una institución únicamente heterosexual. (Federación Española de Sociedades de Sexología, 2005)

En Latinoamérica, son cinco los países que han aprobado esta Institución: Argentina en el año 2010, Brasil en 2010, Uruguay en el año 2013 (aunque aprobado anteriormente en un texto legal ambiguo en 2009), los Estados Federales de Ciudad de México y Coahuila en 2010 y 2014 respectivamente y recientemente Colombia en 2015 en una sentencia emitida por la Corte Constitucional; lo anterior supone un cambio en las tradiciones históricas de dichos países, ya que precisamente algunas de estas son las que excluyen o niegan derechos.

Los países de América Latina comparten una misma tradición socio-cultural; de acuerdo con el Banco de Desarrollo de América Latina, la síntesis cultural de la región ha permeado todas sus épocas y simultáneamente cubre todas sus direcciones, a saber: trabajo y producción, asentamientos humanos y estilo de vida, lenguaje y expresión artística, organización política y vida cotidiana. Y, precisamente en su rol de reserva de identidad cultural, América Latina, tal vez más que ninguna otra región, ha ido desarrollando un modelo de semejanza en su intento por subordinar las culturas particulares a los dictados de la razón instrumental (A, 2000). Es por esto que los países latinoamericanos comparten también, como

característica común, las diversas formas de discriminación social a la población LGBTI, que se encuentran aún presentes en la concepción cultural de un grupo mayoritario y que en muchos casos son avaladas y permitidas por las propias figuras estatales. Por esta razón, en el ejercicio y administración de los nuevos derechos que va alcanzando la población LGBTI se configuran también nuevos desafíos en nuestro continente.

Con todo, los cambios legislativos y jurisprudenciales introducidos en cada uno de los países que han reconocido la institución de la adopción homoparental han estado sujetos a diferentes contextos y argumentos. De estos se deriva la necesidad de realizar un estudio de derecho comparado a través de un método macro-comparatista (toda vez que se aborda el estudio de los sistemas jurídicos desde la globalidad, esto es, desde la comparación entre dos o más sistemas jurídicos para ver sus genéricas analogías y diferencias, sus métodos de análisis e investigación, y los procedimientos empleados para ello) que permita centrar nuestra atención en las similitudes y las diferencias entre los sistemas objeto de nuestra comparación sin dejar de lado la posibilidad de su equivalencia funcional, ya que como lo indica el jurista italiano Alessandro Pizzorusso: *“la existencia de una pluralidad de ordenamientos recíprocamente independientes constituye el presupuesto de cualquier indagación de tipo comparativista, las relaciones entre los ordenamientos jurídicos que actúan en diferentes niveles sobre un mismo territorio y respecto de las mismas personas es de particular importancia para la comparación de las normas sobre la producción jurídica que caracteriza a los diferentes ordenamientos jurídicos”* (Pizzorusso, 1987).

Así, este estudio es particularmente adecuado para obtener reflexiones relativas a las formas distintivas o individuales de dichos sistemas jurídicos y los elementos comunes o similitudes referidas a un tema o cuestión jurídica concreta, en este caso

la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

En el caso colombiano, tradicionalmente en nuestro país los movimientos sociales y minorías han recurrido a los principios constitucionales para interpelar causas y modificar prácticas que han sido históricamente reprimidas y reprobadas. Desde un punto de vista institucional, esta tradición se explica por el alto grado de apertura del que goza nuestro sistema constitucional consagrado, entre otras, en las acciones públicas de inconstitucionalidad y en el derecho fundamental de intervenir para defender o atacar la norma analizada dentro de este marco de control de constitucionalidad<sup>3</sup>. Con todo, la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha creado para responder a estas demandas ciudadanas, ha generado efectos contradictorios en términos de democracia.

Es evidente que diversas autoridades públicas, entre ellas la Procuraduría General de la Nación representada por el ex Procurador General Alejandro Ordóñez utilizó los recursos de esta institución para evitar la protección y reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, aludiendo a criterios morales y religiosos, muy a pesar que, es su propia función defender los derechos humanos de los ciudadanos del país. En ese sentido, ¿qué podría esperarse de un país en el que, el derecho tiene poca operatividad en la realidad social, pues muchas de sus normas se convierten en un ideal utópico al ser ignoradas por los órganos ejecutores, quienes en su lugar hacen uso de su discrecionalidad y concepciones personales como estándares de aplicación del derecho?.

---

<sup>3</sup> De acuerdo al artículo 242 numeral 1° de la Constitución Política de 1991, “cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública”. Ello significa que los ciudadanos pueden no solo instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad sino que además pueden intervenir para defender o criticar la ley en todos aquellos procesos en los cuales la Corte Constitucional analiza la conformidad de una norma a la Constitución.

Así, el presente escrito surge como resultado del estudio de las legislaciones por las cuales se aprobó la adopción homoparental en una muestra de cuatro países<sup>4</sup>, teniendo como criterio de búsqueda aquellos estados de Latinoamérica en los que se ha reconocido dicha institución. De esta manera se analizaron no solo las leyes aprobatorias de cada uno de ellos sino también los Códigos Civiles de algunos por expresa remisión de estas leyes, jurisprudencia y casos relevantes que han constituido un hito en protección a la familia conformada por parejas del mismo sexo. De ellas, se analizaron los siguientes temas: 1. definición de la figura, 2. cambios legislativos representativos, 3. requisitos para adoptar, 4. reformulación del concepto de familia, ejemplificando a través de fallos hito que permitieran esbozar los cambios producidos en los ordenamientos jurídicos de dichos países.

Se hizo también un breve recorrido por la jurisprudencia constitucional referida a la adopción homoparental en Colombia, teniendo en cuenta los argumentos que la Corte Constitucional ha introducido en sus fallos para justificar el paulatino reconocimiento a un grupo social cuyos derechos no habían sido reconocidos en su totalidad hasta hace muy poco tiempo.

El corte metodológico utilizado es cualitativo con enfoque exploratorio, siendo el objetivo de este tipo de estudios aproximarse a temas que han sido poco estudiados y sentar bases para futuras investigaciones, a través de una recopilación de tipo teórico por la ausencia de un modelo específico referido a su problema de investigación, ya que existen pocos antecedentes en cuanto a su modelo teórico y su aplicación práctica. (Cifuentes, 2011). En nuestro caso, esta clase de

---

<sup>4</sup> Incluyendo también a Colombia, debido a que la Corte Constitucional aprobó esta clase de adopción en sentencia C-683 de 2015; ello nos obliga a replantear el objetivo del estudio, abarcando también a nuestro país, pues ahora es parte activa en el debate referente a los países que han aprobado esta figura.

investigaciones permite develar los cambios jurídicos contenidos en las leyes aprobatorias de la adopción homoparental y la jurisprudencia que sustenta decisiones favorables en este sentido, teniendo en cuenta además, los pronunciamientos que la Corte Constitucional colombiana ha emitido al respecto.

Nuestra investigación supuso un trabajo documental centrado en el análisis de fuentes primarias y secundarias. La estrategia de tipo documental está basada en primera instancia en el estudio de leyes y jurisprudencia de cada uno de los países objeto de estudio, identificando sentencias y fallos hito con el fin de comprender los antecedentes que motivaron la aceptación de la institución, los cambios legislativos desprendidos de esta y casos puntuales y relevantes de adopciones que se hayan presentado una vez entraron en vigencia dichos cambios. Además, el estudio de la doctrina fue importante, pues permitió, como medio auxiliar, una mejor comprensión de las reglas de derecho presentes en los ordenamientos jurídicos de cada uno de los países analizados.

De esta manera, este trabajo inicialmente (antes de que se aprobara la adopción conjunta en el año 2015 en nuestro país) pretendía armonizar los argumentos comunes obtenidos en estos países con lo que sucede en el ordenamiento jurídico colombiano, a fin de concluir que, debido a estas y otras razones jurídicas, la cuestión relativa a la adopción homoparental en el país debía reconocerse como un intento por reivindicar este y otros derechos de la población LGBTI.

Una vez explicada la metodología de recolección de datos que hemos utilizado, para dar cumplimiento a los objetivos de este trabajo, el estudio se encuentra dividido en tres partes fundamentales. En la primera parte, expondremos los cambios legislativos introducidos en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos que han aprobado la institución de la adopción homoparental,

además de referenciar algunos casos relevantes que fundamentan la aprobación de la misma en cada uno de estos países. La segunda parte, reseña un breve recorrido por la jurisprudencia constitucional sobre la adopción por parte de parejas homosexuales en Colombia, teniendo en cuenta los diversos pronunciamientos que la Corte Constitucional ha proferido sobre esta materia con el fin de identificar los argumentos que esta Corporación ha introducido como fundamento para la aprobación de la institución en nuestro país teniendo en cuenta además que la sentencia C-683 de 2015, ha dado vía libre a esta institución jurídica. Por último, finalizamos con una reflexión en la que expondremos las razones que nos llevan a concluir que, basados en los argumentos introducidos por cada uno de los cuatro países de Latinoamérica que han aprobado la adopción por parte de parejas homosexuales, existen semejanzas y argumentos comunes en cuanto a los principios constitucionales protegidos frente a los argumentos expuestos por la Corte, o si por el contrario, la decisión de esta corporación, aún no otorga la suficiente protección tanto a las parejas homosexuales como a los niños a la hora de adoptar y ser adoptados.

No es, entonces, objeto del presente artículo analizar la relación causal entre las demandas sociales referidas a los derechos de las personas homosexuales y la reacción de las instituciones en el continente latinoamericano frente a estas, ni mucho menos establecer las circunstancias histórico-coyunturales requeridas para determinar cuándo el derecho es efectivo (en este caso, el derecho de las personas homosexuales a conformar una familia a través de la adopción) y generar así un algún tipo de cambio social, toda vez que este estudio pretende, desde una perspectiva estrictamente jurídica, discutir el diseño constitucional de las legislaciones, analizar las decisiones judiciales que versan sobre la homoparentalidad y reflexionar acerca de la idoneidad sustantiva de dichas decisiones.

Por otro lado, aunque la comunidad LGBTI ha logrado la protección de diversos derechos, y la posibilidad de adoptar menores, a través de sus batallas jurídicas, en la actualidad este tema está lejos de ser pacífico; si bien existen pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se reconoce que las parejas homosexuales también son familia, y se les permite adoptar, algunos sectores han iniciado una verdadera “cruzada” para impedir que ello suceda. La Senadora Vivian Morales recolectó 2.135.000 firmas con el fin de promover un referendo encaminado a que solo se permita la adopción de parejas heterosexuales. Ello, no solo contradice el sistema de precedentes que existe en el país, sino que deja a los niños sin este mecanismo de protección (toda vez que la adopción, no es, en estricto sentido un derecho para los adoptantes) lo cual se traduce en un limbo jurídico, que se encuentra lejos de alcanzar una decisión unánime.

## **1. Adopción por parte de parejas del mismo sexo en América Latina: cambios legislativos y fallos relevantes**

Con anterioridad a la aprobación de la adopción homoparental en los cuatro países latinoamericanos que han introducido la institución a sus ordenamientos jurídicos, esta fue legalizada en algunos países del mundo como Suecia y Sudáfrica en el año 2002, España en el año 2005, Islandia y Bélgica en el año 2006, y posteriormente Noruega en el año 2009. En nuestro continente, la adopción de parejas del mismo sexo en el marco de las legislaciones que nada decían al respecto, se había presentado a través de casos de adopción unipersonal integrativa del hijo biológico adoptivo de una persona cuya pareja del mismo sexo pretendía tener un vínculo filial a través de esta institución; esta forma de adopción aún sigue siendo legal en países como Costa Rica y Chile<sup>5</sup>.

Sin embargo, al año 2015 Argentina, los Estados Federales de Ciudad de México, Coahuila y Uruguay aprobaron la institución de la adopción entre parejas del mismo sexo; tal decisión surgió como consecuencia de la aprobación de una ley de matrimonio igualitario, lo que generó una serie de modificaciones en los códigos civiles de estos países permitiendo de esta manera que las personas del mismo sexo puedan adoptar. Por otro lado, Brasil no cuenta con una ley de matrimonio igualitario que haga extensivos a las parejas homosexuales los derechos personales derivados de un matrimonio, entre ellos la posibilidad de adoptar, ni mucho menos una ley que apruebe la figura de la adopción homoparental; en este país las decisiones se han hecho a través de la vía judicial, pues el Supremo Tribunal Federal ha resuelto varios casos en los que ha sentado un importante

---

<sup>5</sup> En ambos países, la legislación y los protocolos vigentes sólo contemplan la adopción por parte de parejas heterosexuales, si bien los homosexuales pueden adoptar de forma individual.

precedente en favor de las adopciones por parte de parejas del mismo sexo, al permitir que personas homosexuales puedan adoptar menores conjuntamente.

Con todo, es imposible no aludir a ciertos avances legislativos y jurisprudenciales en estos países, máxime porque hasta hace algún tiempo carecían de regulación integral sobre el matrimonio, las uniones convencionales del mismo sexo y de manera evidente la adopción. Precisamente en dichos Estados la doctrina y la jurisprudencia habían estado ocupando un lugar privilegiado para plantear y abordar dicha cuestión.

Como se indicó anteriormente, en la primera parte de este trabajo, presentamos un estudio de derecho comparado con los cambios legislativos y sentencias más relevantes que sirvieron de base para la aprobación de la institución jurídica de la adopción homoparental en cada uno de estos cuatro países, así:

### **1.1. México: La igualdad e interés superior del menor son principios que se adecúan a un nuevo modelo de familia.**

Este país norteamericano, cuyo nombre oficial es Estados Unidos Mexicanos es una República federal presidencial, caracterizada por una congregación institucionalizada de 32 entidades federativas relativamente autónomas. Por esta razón, en México dichas entidades tienen capacidad de autodeterminación, respecto de las competencias que la Constitución General les ha conferido, los Estados son libres y soberanos en todo lo que concierne a su régimen interior, sin embargo, es claro que el límite de la autonomía de estos Estados básicamente se restringe a no contravenir el pacto federal (la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917).

En este país, desde el año 2009 comenzó un debate acerca del verdadero concepto de familia en la sociedad mexicana. En aquella ocasión, de manera receptiva, y con la intención de promover la diversidad en el Distrito Federal, el 21 de diciembre de 2009, el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó la reforma al Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, el cual fue definido en el artículo 146, que señala: *“El matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”*. Esta reforma eliminó el concepto hombre y mujer como base del matrimonio. Además, como consecuencia de la aprobación del matrimonio, se aprobó también una modificación al artículo 391 para eliminar la imposibilidad de adoptar a los cónyuges o concubinos del mismo sexo. Las modificaciones al Código Civil garantizan que todo hombre y toda mujer tenga derecho a casarse de manera libre y consentida y que este derecho no sea restringido como resultado de su orientación sexual.

A su vez, el artículo 391 modificado también por este Decreto aprobatorio de la institución del matrimonio en el país señala que *“los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior”*.

A partir de la modificación a los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal a través del dictamen que emiten las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Derechos Humanos y de Equidad y Género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, por el que se reforman

diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la adopción por parte de parejas homosexuales fue aprobada en Ciudad de México. Los ministros resolvieron que es constitucional el derecho de adoptar niños para los matrimonios entre personas del mismo sexo aduciendo al principio de igualdad que debe predicarse de ambas parejas y al interés superior del menor, toda vez que en este país muchos niños que viven en casas hogares, sin tener el afecto y cuidado de una familia.

Desde este momento, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la existencia de diversos tipos de familia. Especial mérito a este reconocimiento, se encuentra en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, donde esta corporación reconoce que no existe un único tipo de familia, como se había conocido tradicionalmente, debido a que existen familias diversas, cuya finalidad principal no significa necesariamente la procreación, incluso en matrimonios heterosexuales. En este sentido, el artículo 143 del Código Civil mexicano no es idóneo para cumplir con la finalidad de la protección de la familia como realidad social, debido a que la norma impugnada *“Pretende vincular los requisitos en cuanto a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial de procreación”*. Al respecto, la Corte determinó que, en la actualidad la institución matrimonial se sostiene primordialmente *“En los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.”*

La Suprema Corte Mexicana, al decidir sobre la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 promovida por el Procurador General, con el fin de solicitar la nulidad de las normas señaladas indicó que *“La existencia de matrimonios y familias con miembros homosexuales, ni impulsa ni prohíbe, ni mucho menos excluye la continuación y crecimiento de las familias heterosexuales. No se trata de destruir a la familia, sino de enriquecer su contenido, de reconocer su variedad, de hacer posible la unión de*

*personas para cuidarse, quererse, protegerse y tener vida en común, lo que es mucho mejor que negar el derecho a la integración humana, y con ello, impulsar a los seres humanos a tener niños abandonados en la calle, que en México se calculan en más de cien mil, sufriendo marginación, drogadicción, insalubridad o explotación sexual, en vez de que estén insertos en una familia, y a desconocer la realidad en que vivimos”. (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 2010)*

Sin embargo, aclara la Corte, no puede desconocerse que toda persona independientemente de su orientación sexual, debe cumplir con el lleno de requisitos que impone la ley para poder adoptar; no se trata solamente de dar un hogar al menor, sino de proporcionarle una familia que pueda cumplir con un mínimo de condiciones que aseguren, en la medida de lo posible, el óptimo desarrollo del niño.

Además del Estado Federal de Ciudad de México, la adopción también era permitida en el Estado de Coahuila de Zaragoza. Siguiendo la fundamentación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 581/2012, en el que se negó el derecho a parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, con el argumento de que existen otras figuras como el pacto civil de solidaridad, puede constituir una medida discriminatoria, pues, en palabras de la Corte *“los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de “separados pero iguales”. Así como la segregación racial se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La exclusión de éstos de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de*

*reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas” (Amparo en revisión 581/2012, 2012).* Por ello, en febrero del año 2014 el Legislativo Estatal modificó el Código Civil para permitir también la adopción a las parejas homosexuales.

El primer y más mencionado caso de adopción por parte de una pareja homosexual en México se presentó el de 2011, cuando una pareja de lesbianas solicitó la adopción de un menor en la Ciudad de México luego de que en el año 2010 la Suprema Corte de Justicia de la Nación ratificara el derecho a la adopción homoparental. Una vez cumplidos todos los requisitos, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) autorizó su adopción.

Para el año 2014, la adopción había sido reconocida en dos Estados: Ciudad de México y Coahuila. La aprobación de esta institución se efectuó como una medida de protección para los niños privados de un medio familiar; pero es, ante todo, la posibilidad de brindar un hogar a un infante que por diferentes causas ha crecido con la carencia del amor y la protección que sólo puede encontrar en el seno familiar.

En el año 2016, la adopción fue aprobada en tres Estados adicionales: Campeche, Colima, Michoacán y Morelos. En el caso de Colima, el Decreto 103 del de junio de 2016, a través del cual se reconoció la figura, argumentó esta decisión en su exposición de motivos, así:

*“El género, la religión, las opiniones, las condiciones de salud, ya no deben ser consideradas una forma de discriminación o exclusión de un grupo o una sociedad en que la lucha de esa homogeneidad entre la población es evidente y donde cada vez más personas forman parte.*

*En el Estado de Colima, hoy en día se une a esta lucha de protección y fortalecimiento de derechos para aquellos grupos más vulnerados, de la cual la comunidad de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis, Transexuales, Transgenero e intersexuales, (LGBTTTI), forman parte, siendo personas con los mismos derechos y obligaciones que cualquier heterosexual, debiendo proporcionarles las mismas oportunidades sin señalamientos, ni exclusión de derechos. Siendo las normas no un privilegio de unos cuantos, sino de toda una sociedad por igual, es por eso que el matrimonio como figura conyugal debe ser considerada una unión entre dos personas sin importar su género, sin excluirlos de esos derechos y obligaciones que esta figura ostenta, ya que a esta comunidad otorgándole la oportunidad de un enlace conyugal no se valoraban los mismos derechos y existe una notable diferenciación normativa con aquellas parejas que si se les otorgaba una unión matrimonial.” (Congreso Constitucional del Estado de Colima, 2016).*

En el Estado Campeche la aprobación de la adopción homoparental, fue el resultado del pronunciamiento hecho por en Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, argumentando que: *“Lo que debe garantizar el legislador es que, en el procedimiento para autorizar la adopción de un menor (...) en aras de lograr el pleno respeto a los derechos de la niñez, se garantice que ésa sea su mejor opción de vida (...), al margen de la orientación sexual de la mujer o del hombre solteros solicitantes, o de si se trata de un matrimonio heterosexual o de parejas del mismo sexo, pues, se reitera, este último aspecto no puede ser, en forma alguna, el que decida si la adopción procede o no, al no afectar la capacidad de una persona para prodigar a un menor el cuidado y amor debidos”.* (Comisión de de Derechos Humanos del Estado de Campeche, 2014).

## **1.2. Argentina: el paulatino cambio en el concepto tradicional de familia y el derecho de los homosexuales a conformarla.**

En la República Argentina, como en el resto del mundo occidental, el devenir de los tiempos ha ido modificando, de modo efectivo, el concepto de familia. Este país suramericano organizado en forma de República, representativa y federal, al igual que Brasil y México, está conformada por divisiones territoriales que se autogobiernan, denominadas provincias; estas gozan de un mayor o menor grado de autonomía, pero, en cualquier caso, tienen potestades de gobierno o legislación sobre determinadas materias, diferentes de aquellas que corresponden a la administración federal.

Anterior a la de la Ley 26.618 por la cual se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo en este país, existían dos tipos de adopción: aquella de carácter unipersonal, consagrada en el artículo 312 del Código Civil, que establecía que nadie podía ser adoptado por más de una persona simultáneamente, excepto si los adoptantes eran cónyuges. Por otro lado, el Código Civil previó también la posibilidad de adoptar al hijo del cónyuge del adoptante en el artículo 311, inciso 1º. Nada se dijo sobre la posibilidad de adoptar al hijo del compañero homosexual, por lo que se presentaron diversos casos en los que se solicitó la adopción simple del hijo o de la hija del concubino o concubina; durante un largo período de tiempo estas peticiones fueron denegadas, aunque posteriormente los jueces adoptaron una postura más liberal, permitiendo así la adopción de estos menores, estableciendo de esta manera una clase de adopción simple del hijo de uno de los convivientes por parte de su pareja.

Sin embargo, las reflexiones tendientes a plantear la obligación de adaptar el concepto de familia a los factores reales de poder de la época, datan desde mucho

antes. En un fallo del 20 de octubre 1998 el Juzgado Civil, Comercial y Minas N°10 de Mendoza, basándose en un caso en el que un hombre solicitaba que se certificara su convivencia como concubino con su pareja del mismo sexo, con el fin de iniciar el trámite correspondiente ante el Instituto de Obra Social del Ministerio de Economía de la Nación, para incluir a su compañero como beneficiario en la categoría de grupo familiar.

En aquella ocasión, se planteó por primera vez la necesidad de reformular el concepto de familia que existía hasta entonces en el país. Al respecto, la corporación indicó que *“Esta manera de entender la familia es una muestra del cambio que se viene produciendo en la imagen que tradicionalmente nos hemos hecho de los padres. La declaración de Derechos humanos define la familia sin precisar su contenido. Esta ausencia deja en manos de los Estados la necesidad de hacerlo. De allí que los distintos Estados difieren significativamente al momento de tener por acreditada una familia. Igualmente, los distintos modelos que surgen de la vida cotidiana van determinando el concepto. El avenimiento de las familias adoptivas, ensambladas, mixtas, los padres solteros por elección y las parejas homosexuales, obligan a revisar las posturas conservadoras. La configuración de una noción de familia resulta central al momento preciso de conceder la adopción; tengamos en cuenta que la estabilidad familiar, es, precisamente, un elemento fundamental para que, en el caso concreto de una adopción, esta sea aprobada. De ahí, como veremos, la importancia que adquiere la institución del matrimonio ya que garantiza en mayor medida la preservación del núcleo familiar del adoptado”*. (Juzgado Civil, Comercial y Minas N°10 de Mendoza, 1998).

Indicó además que ya para la época, no era acertado hablar de familia nuclear, esto es padre-madre-hijos, además de matrimonios tradicionales tendientes a perdurar en el tiempo como si fueran los únicos tipos que existen, en tanto que ya ni siquiera

en la actualidad este es el modelo de familia “*normal*”, pues la sociedad está siendo ocupada por nuevas clases de familias alternativas. Es por ello que la negativa de reconocer a la familia homosexual en este país provocaba que no pudieran institucionalizarse las transformaciones de esta clase de familias.

Así, uno de los primeros fallos que reconoce la existencia de familias homosexuales en Argentina se remonta al año 2003, a través del fallo del Juzgado de Primera Instancia de Familia Cuarta Nominación de la Provincia de Córdoba, que al resolver un caso en el que una ciudadana que había ingresado a rehabilitación por su adicción a las drogas, reclama judicialmente la guarda de sus dos hijos menores, cuya custodia estaba por aquel entonces en cabeza del padre de estos. La accionante argumentaba que ya se había recuperado de su afección, además que la conducta sexual no convencional de su ex esposo, quien convivía con una pareja homosexual, ponía en peligro la moral de los niños.

El juez desestimó la pretensión de la parte actora, aduciendo principalmente a los siguientes argumentos:

- En aquellos casos de conflicto paternal por la tenencia de los hijos menores, debe otorgarse su guarda a quien la ejerció de manera beneficiosa. En este caso, la conducta no convencional del padre de los menores quien convive con su pareja del mismo sexo en habitaciones separadas, no resulta contraproducente ni pone en riesgo el desarrollo de sus hijos, toda vez que el modo de vida y las convicciones religiosas, políticas o ideológicas solo pueden juzgarse cuando inciden de manera negativa en el desarrollo de los menores.
- Cuando se resuelven conflictos suscitados entre padres divorciados por la tenencia de sus hijos menores de edad, no debe hacerse mérito del

comportamiento sexual observado por quien detenta la guarda de estos, a menos que dicho comportamiento incida de manera negativa en el desenvolvimiento del menor, pues no implica falta de idoneidad de la función parental, conduciendo la solución contraria a meras especulaciones sin fundamento que podrían convertirse eventualmente en una fuente de discriminación inaceptable.

- El principio que obliga a reconocer la autonomía y la subjetividad del menor en tanto que sujeto de derechos con capacidad para intervenir en los procesos decisorios sobre su destino dentro de los límites derivados de la condición de sujeto en desarrollo, no implica conferirle poder de decisión en los conflictos que lo involucren, debiendo prevalecer el interés superior de los menores entendido como la satisfacción de todos los derechos que lo asisten como persona, sobre sus deseos y opiniones; en este caso, la voluntad de vivir con su madre adicta a las drogas, cuando estos entran en colisión con aquel. (Nofal, 2010).

Como consecuencia de estos fallos en los que los jueces reconocen la existencia de las familias homosexuales, y, teniendo en cuenta además, que en la Constitución argentina se reafirma y consagra el derecho de todas las personas a no ser discriminadas por su sexo y orientación sexual, el derecho a la autonomía personal, a contraer matrimonio y a fundar una familia en igualdad de condiciones en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Desde el año 2008 comenzó en el país un fuerte debate sobre la necesidad de aprobar la figura del matrimonio entre parejas del mismo sexo, como una forma de garantía a las parejas del mismo sexo para que se hicieran extensibles los mismos derechos de las parejas heterosexuales a saber, la libertad para elegir un compañero de vida, unirse con esta persona en un compromiso oficialmente

reconocido y formar una familia que se adapte a los nuevos contextos sociales que se desarrollaban en el país, y que esta fuera, además protegida a través del disfrute de todos los derechos constitucionales derivados del matrimonio civil.

Esta cuestión finalizó el 5 de mayo de 2010, cuando la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley modificatorio del Código Civil que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción, con los mismos requisitos que ya existían para las parejas heterosexuales. Este cambio legislativo supuso también modificar la Ley 24.779 de 1997, que regula los requisitos, trámites y modalidades de adopción en todo el ámbito del territorio; ello, sin embargo, varía de acuerdo a los requisitos exigidos en cada provincia.

Así, la Ley 14.528 que tiene por objeto determinar el procedimiento de adopción en la Provincia de Buenos Aires, indica en su artículo 2º, que la adopción se rige por el principio de interés superior del menor, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o amparada, el derecho a no ser discriminado y en todo caso, el derecho a la igualdad que debe predicarse no sólo de las parejas homosexuales, sino también heterosexuales.

En conclusión, en Argentina, la institución de la adopción homoparental fue el resultado de la aprobación de la Ley del matrimonio igualitario. Todos estos cambios legislativos se adaptaron a los factores reales de poder imperantes en este país, toda vez que era necesario adecuar las disposiciones del ordenamiento jurídico argentino con la real transformación del concepto de familia en el país.

### **1.3. Brasil: aplicación del principio “lo que no está prohibido está permitido constitucionalmente”.**

La República Federativa de Brasil, al igual que México, es un Estado organizado en forma de República, democrática y federal. El país está dividido en Estados federados que gozan de autonomía para la creación de leyes y Constituciones estatales, denominadas leyes orgánicas, pero limitadas por la Constitución Federal. Para el Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, la familia es merecedora de la protección del Estado, así sea conformada por personas del mismo sexo, pues si de ambos intervinientes se predica la permanencia y la intención de continuar con la familia, no existe en el ordenamiento jurídico ninguna disposición que impidan la posibilidad de la adopción.

Esta posición ha sido defendida por diversos sectores doctrinales del país con base en el principio de legalidad consagrado en el artículo 5 inciso II de la Constitución Federal según el cual “nadie estará obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de la ley”; señalan además que, si no existe un Estatuto del Niño y el Adolescente en el cual se restrinja explícitamente la adopción, las parejas homosexuales también podrían adoptar. (Gonçalves Paraviso, 2012)

La Constitución brasilera prohíbe en su artículo 3° toda clase de discriminación, incluso aquella proveniente de la orientación sexual, sin embargo, la realidad evidencia que la homosexualidad aún sigue siendo estigmatizada y perseguida; por esta razón las personas homosexuales han recurrido a la adopción de menores realizando solicitudes individuales, con el fin de evitar las trabas que el sistema pueda establecer.

En Brasil, como la adopción por parte de parejas homosexuales no estaba regulada

por la ley, muchos homosexuales optaron, inicialmente, por formalizar de guarda única del menor (en portugués *guarda única da criança*), configurándose entonces un caso de monoparentalidad. En algunos casos, luego del proceso adoptivo el menor pasar a ser criado también por el compañero/a del adoptante. (Silva Cecílio, Scorsolini-Comin, & Antônio dos Santos, 2013).

Con todo, la adopción homoparental ha sido aprobada en sentencias aisladas que han resuelto casos concretos sobre esta materia, sin embargo, no existe un consenso o trato igualitario a todos los casos que se presentan; estos se resuelven siempre bajo la discrecionalidad del juzgador. Por su parte, el Código Civil brasileiro no hace ninguna mención respecto al sexo de los padres adoptantes, por lo cual se ha interpretado el contenido de este capítulo bajo la consigna “lo que no está prohibido, está permitido”.

En este país, como sucede en Colombia, existen fallos dispersos de los tribunales federales y del Supremo Tribunal Federal. Como antecedente, el primer caso de adopción homoparental en Brasil, data del año 2005, a través del fallo del 11 de noviembre de 2005 en la ciudad de Bagé, Estado de Rio Grande do Sul, en el que un juez de la Niñez y la Juventud, falló por primera vez a favor de la adopción por parte de parejas del mismo sexo en este país.

Se trataba de una pareja de lesbianas, quienes, tras una relación de siete años, decidieron adoptar dos hermanos que habían estado a cargo de una de ellas desde que nacieron. En aquella ocasión el juez argumentó que la sociedad no puede negar la existencia de parejas del mismo sexo, a las que calificó como un determinismo biológico, más que una simple opción sexual; por esta razón, estimó que la creación de un ambiente de afecto en el que los niños van a vivir cumple con todos los requisitos suficientes que muchas veces no pueden predicarse de aquellas parejas

consideradas “normales”. De esta manera, el juez descartó la posibilidad de que la convivencia de los menores con personas homosexuales pudiese influir en su opción sexual, toda vez que, si ello fuera verdadero, no existirían personas homosexuales dentro de familias constituidas por personas heterosexuales. Con todo, para que fuera diferida la adopción conjunta el juez consideró necesario que la pareja mantuviese una unión estable, que permitiera comprobar la estabilidad de la familia.

Este fallo histórico es considerado como uno de gran trascendencia, puesto que por primera vez se permitió la adopción por parte de una pareja del mismo sexo. Igualmente, promovió otras decisiones bajo esta misma línea, como el fallo del 23 de noviembre de 2006 en Catanduva, São Paulo, en el que se permitió la adopción de una menor de cinco años a una pareja de hombres homosexuales. Uno de ellos se había encargado de adoptar a la menor, pero posteriormente se adicionó el nombre del compañero en la partida de nacimiento.

Otro fallo importante se produjo el 9 de octubre de 2008 cuando el Juez Elio Braz del 2° Juzgado de la Niñez y la Adolescencia en Recife, Pernambuco, permitió la adopción de dos hermanas por parte de una pareja de homosexuales, por medio de la inscripción de los dos padres en el registro de nacimiento del menor. A pesar de la oposición del Ministerio Público a la decisión, el Juez Braz manifestó que los procedimientos para adoptar son los mismos, tratándose de una pareja homosexual o heterosexual, pues ambos tipos pueden constituir una familia afectiva capaz de ejercer el poder familiar, brindar los medios de subsistencia, educación y custodia. (Ordóñez Daza & Valencia Valencia, 2012).

A partir del 2008, el Tribunal Superior de Justicia inició un cambio de posición en relación con los derechos de los homosexuales, por tanto, dispuso que cuando se presentase una acción judicial que se relacionara con dichos derechos, podría

acudirse a la División de Familia del Tribunal y no a la de Derecho Privado como se hacía antes. En la decisión adoptada, el Ministro Luís Felipe Salomão expone que si bien la ley dispone taxativamente como unión estable a la conformada por un hombre y una mujer, las características de afecto público y el carácter duradero y permanente que pueden predicarse también de las parejas homosexuales, no las excluye del ámbito de protección de esta figura. (Nusdeo de Oliveira & De Salles, 2006).

Un elemento fundamental a la hora de estudiar la adopción por homosexuales en este Brasil, tiene relación, además, con la prevalencia del bienestar del menor adoptivo. El 27 de abril de 2010, el Tribunal Supremo de Justicia permitió la adopción a una pareja de lesbianas de dos menores autorizando que en los registros civiles apareciera el nombre de ambas mujeres. Esta fue considerada como una futura sentencia hito, puesto que fue una Alta Corte del país la que dispuso tal decisión.

Para el presidente del Instituto Brasileño de Derecho de Familia (IBDFAM), Rodrigo Pereira da Cunha, la decisión de la Corte Suprema de Justicia representa una evolución del Derecho de Familia y *"Esto ayuda a avanzar en un área donde no se puede avanzar por medio de la legislación, toda vez que en la actualidad no existe una ley sobre matrimonio igualitario y adopción en el país, por lo que todos los casos se han resuelto a través de la vía judicial"*. (De salles & De Oliveira Nusdeo, 2009).

Algunos Estados del país han reconocido paulatinamente la posibilidad que las parejas homosexuales convivan de manera armónica con las parejas heterosexuales; María Berenice Días, ex Magistrada de la Corte Suprema de Rio Grande Do Sul, ha sido enfática en reconocer las uniones estables entre homosexuales. En su opinión: *"la Constitución evitó el reconocimiento de la unión*

*estable entre parejas del mismo sexo únicamente sobre la base de un prejuicio ético, oponiéndose a los principios de igualdad, libertad y dignidad humana. Dado que las relaciones heterosexuales y homosexuales no son diferentes, las mismas normas jurídicas deben ser aplicadas por analogía. (...) **ni siquiera la literatura de vanguardia cree que sea posible aplicar la legislación de familia debido a la redacción de la Constitución**".*

En aquella oportunidad manifestó también que *"Existe una grande resistencia para aceptar la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan adoptar. Hay una creencia equivocada de que la falta de referencias sobre el comportamiento de personas del mismo sexo pueda acarrear secuelas psicológicas y dificultad en la identidad sexual del menor adoptado.*

*Sin embargo, teniendo en cuenta diversos estudios llevados a cabo con parejas homosexuales que tienen hijos, no existen evidencias que permitan concluir que los menores puedan sufrir disturbios o desvíos en sus conductas sexuales por el simple hecho de tener dos padres o dos madres se han encontrado efectos dañinos en el normal desarrollo y la estabilidad emocional de los menores que tienen padres del mismo sexo, por lo que no puede negarse la posibilidad a estas parejas de conformar una familia".* (Kochhann Scheeren & Hahn, 2016). De ello, se deriva también la posibilidad de adoptar por parte de parejas del mismo sexo, pues la ex Magistrada asimismo afirma que existe la posibilidad de crear una familia a partir de una relación homoparental; sin embargo, no admite qué cambios son necesarios en las normas jurídicas antes que este derecho sea solicitado ante los tribunales de familia. (Ordóñez Daza & Valencia Valencia, 2012).

Finalmente, con el objetivo de elevar la institución homoparental a ley federal, en el año 2010, la Comisión de Constitución y Justicia presentó el Proyecto de la Ley

Nacional de Adopción para reglamentar la adopción de parejas homosexuales. Su objetivo era “priorizar el derecho de los niños y adolescentes a la convivencia familiar establecido en el Estatuto del Niño y Adolescente”, innovando así en la ampliación de un concepto de familia, que comprendía a todos aquellos con quienes el menor mantuviera vínculos de afinidad y afecto. (Kochhann Scheeren & Hahn, 2016). Posteriormente, cuando fue sometido para su aprobación en la Cámara de Representantes, la parte del texto que contenía la autorización para la adopción de niños y adolescentes por una pareja del mismo sexo fue retirado, motivo por el cual el Proyecto de Ley perdió su esencia.

Por esta razón que todos los fallos que han aprobado la adopción homoparental en este país, se han realizado a través de fallos judiciales realizados por los jueces federales y el Supremo Tribunal Federal, el más alto tribunal del Poder Judicial en el país.

#### **1.4. Uruguay: en el ordenamiento jurídico prima el interés superior del menor y el derecho a pertenecer a una familia.**

La República Oriental del Uruguay es una República presidencialista ubicada en América del Sur, caracterizada por una forma de gobierno garante del cumplimiento de los derechos humanos, especialmente los derechos de las minorías<sup>6</sup>. Desde el año 2008 la ley uruguaya equiparó los derechos y obligaciones del matrimonio con los de las parejas heterosexuales u homosexuales que convivan por más de cinco años, lo cual incluye la asistencia recíproca, la sociedad de bienes, los derechos sucesorios, cobro de pensiones por fallecimiento y otras disposiciones vinculadas

---

<sup>6</sup> Uruguay se caracteriza por su liberal forma de gobierno y la eficacia del mismo. Es el país con la mayor tasa de alfabetización de América Latina, el segundo país con menor índice de percepción de corrupción y el país con la distribución de la riqueza más equitativa. En este país se ha aprobado la Marihuana con fines recreativos, el matrimonio entre parejas del mismo sexo y el aborto.

principalmente al ámbito de la seguridad social.

En el año 2009 se aprobó la Ley 18.950 por la cual se modifican las disposiciones relativas a la adopción como parte de una modificación al Código de la Niñez y la Adolescencia; ello, fue el resultado de múltiples intereses y una fuerte participación de los colectivos LGBTI de Uruguay; el nuevo texto legal tiene una perspectiva inclusiva que ubica en igualdad de oportunidades a los sujetos, respetando su orientación afectivo-sexual y la identidad de género (Clavero Lerena, 2014).

En ella, se habilitó a las parejas con cuatro años de unión civil o concubinato (incluyendo también las homosexuales) a solicitar la adopción de un menor. La ley modificó disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia y centralizó "el control de las inserciones de niños/as en familias cumpliendo así con los fines de la adopción propuestos por el Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay (INAU) y el Poder Judicial". Al igual que en Argentina, la Ley indicaba que nadie podría ser adoptado por más de una persona a no ser que fueran dos cónyuges o concubinos, sin embargo, la disposición no regía para los esposos divorciados y para los ex concubinos siempre que mediará la conformidad de ambos y cuando la guarda o tenencia del niño, niña o adolescente hubiera comenzado durante el matrimonio o concubinato y se completara después de la disolución de éste. El Senado de la República argumentó que dicha norma lo único que buscaba es adecuar la ley a los derechos infantiles y de este modo evitar las irregularidades que existen en la actualidad, donde muchos niños son entregados de forma negociada, fomentando el tráfico de menores en la región.

Así, la nueva legislación permite que a los niños y adolescentes que se encuentren en condiciones de adoptabilidad se les restituyan sus derechos a vivir con una familia. De esta manera, Uruguay fue el primer país en Latinoamérica en permitir

las adopciones entre parejas del mismo sexo, pero solo en los casos de unión civil, ya que nada se reguló acerca del matrimonio igualitario.

Posteriormente, en noviembre del año 2012 comenzó en el Congreso el debate acerca de la posibilidad de dar camino libre al matrimonio por parte de las parejas homosexuales, siendo aprobada en abril del 2013 la ley 19.075, que otorgó idénticos derechos en materia de adopción y reproducción asistida tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales, equiparando los derechos y obligaciones sin importar la identidad sexual o de género y eliminado muchos resabios patriarcales y machistas que existieron dentro del sistema legislativo. Diversos sectores en pro de los derechos de la comunidad LGBTI, expresaron que las conquistas legales solo hacen parte de la lucha contra la discriminación que la sociedad civil ha tenido durante hace ya bastante tiempo.

Algunos de los cambios que se encuentran consagrados en la ley se refieren al orden de los apellidos del menor adoptado, y el trámite a seguir para adoptar a un menor de edad y a la legitimación para adoptar. Es necesario comprender que quien sea adoptando debe tener conocimiento que, existiendo uno o más integrantes de la familia de origen del menor, con quien este tuviere vínculos significativos, este podrá siempre preservar la relación con su familia biológica, si se estima que existen las condiciones necesarias para hacerlo.

En relación a quienes están facultados para adoptar, es necesario comprender que quien sea adoptante, debe tener claro que, existiendo uno o más integrantes de la familia de origen del menor, con quien este tuviere vínculos significativos, el adoptado podrá conservar esta relación. El niño tendrá siempre derecho a mantener los lazos con su familia de origen, si se estima que existen las condiciones necesarias para ello. (Clavero Lerena, 2014).

Si la adopción en cambio se realiza por parte del nuevo cónyuge o concubino del padre o madre biológico del menor, dentro o fuera del matrimonio, la adopción será posible siempre y cuando el niño o adolescente haya perdido todo vínculo con su otro progenitor. Por último, la ley también agrega que toda persona que inicie un proceso de adopción debe ser mayor de 25, y tener una diferencia de al menos quince años con el menor que pretende adoptar. La norma dejaría por fuera a todas aquellas personas entre 16 (edad legal para contraer matrimonio en el país) y 25 años que deseen adoptar un menor de edad; sin embargo, eventualmente el juez podría analizar estos casos a fin de considerar si es justificable o no la adopción por no cumplir con este último requisito. Posterior a la aprobación de la adopción de un menor por el juzgado de familia, el Departamento de Adopciones del Instituto del Niño y del Adolescente de Uruguay, a través de un equipo técnico determinan la aptitud para la adopción y la familia a asignar en cada caso, según parámetros técnicos y criterios científicos. Luego, El Instituto dará la aprobación final. Con la sentencia otorgada por el juez, los padres efectúan la inscripción de su hijo en la Dirección General del Registro de Estado Civil. Si los padres no están casados, el menor se inscribe como fuera de término, en cambio si son cónyuges se inscribe como hijo dentro del matrimonio y como reconocidos dentro del mismo.

Posterior a la adopción, los vínculos de filiación anteriores se reemplazan por los nuevos vínculos de filiación adoptivos, sin que ello signifique desprenderse de los vínculos con la familia de origen. El adoptado tiene los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido hijo biológico de los adoptantes. Con todo, el fin de la adopción es restituir y garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la vida familiar, en su calidad de hijos.

A partir de la promulgación de la ley uruguaya, son pocos los casos de adopción

conocidos en el país. Con todo, hay un caso relevante en el ordenamiento jurídico uruguayo del año 2013, en el que una juez concedió la adopción de una menor de dos años a una pareja de lesbianas que formalizó su unión concubinaria (figura adoptada en la Ley 18.246 de 2007) luego de la aprobación del matrimonio. La pareja se presentó ante la justicia para tramitar la adopción de la menor, hija biológica de una de las reclamantes, concebida a través de un proceso de inseminación intrauterina. La juez en su sentencia indicó que la pareja conformaba una familia y constituían un hogar en el que le brindaban a la niña un cuidado afectivo que correspondía a todas sus necesidades; además, reunía todos los requisitos exigidos por la ley, estos son: tener más de 25 años de edad, ambas mujeres tienen más de 15 años que la menor, además de 4 años de convivencia con la madre natural y ésta ha tenido a la niña bajo su guarda desde su nacimiento, habiéndose ratificado la convivencia de la menor con esta pareja.

Entre los argumentos relevantes en este caso, se encuentra la protección del principio del interés superior del menor. En su sentencia, la jueza manifestó que “El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido”. Por lo tanto, el interés superior del menor es un principio garantista. (Cillero Bruñol, 1994).

Aunque la adopción sólo ha sido reconocida en estos cinco países, especialmente a través de fallos judiciales emitidos por las Altas Cortes, el debate sobre la homoparentalidad y la igualdad de derechos entre las personas heterosexuales y homosexuales, es un tema relevante y constante discusión en los demás países y organismos internacionales del continente. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, está llamada a convertirse en un genuino *leading case* en relación con la protección

jurídica de la homosexualidad en el ámbito regional americano. Lo interesante de la sentencia, es el análisis que introduce la Corte sobre el alcance real de la homoparentalidad en relación al problema abordado, además de la posibilidad de preguntarnos acerca del precedente que este caso podría suponer en la discusión sobre el tema en nuestro continente.

La Corte analiza el caso de Karen Atala, de nacionalidad chilena, quien contrae matrimonio en el año 1993. De esta relación, tiene 3 hijas. En marzo de 2002 se separa de su cónyuge, acordando que la custodia de las hijas quedará a cargo de la señora Atala, teniendo el padre derecho a una visita semanal.

En noviembre de este año, la compañera sentimental de Karen Atala comienza a convivir con ella y las menores en el domicilio familiar. Por este motivo, el padre presenta una demanda de custodia ante el Juzgado de Menores de Villarica, considerando que el desarrollo físico y emocional se encontraba en riesgo. Se concede provisionalmente la custodia al padre, pero rechazó su demanda de tuición<sup>7</sup>, considerado que la orientación sexual de la madre de las menores no representaba un impedimento para desarrollar la maternidad de manera responsable.

El padre recurre a la Corte de Apelaciones de Temuco, en la que conceden al padre la tuición definitiva.

Posteriormente, Karen Atala lleva su caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se examina conforme al sistema americano de protección de los derechos, especialmente el interés superior de los menores, indicando que este es

---

<sup>7</sup> En Chile, demanda de tuición hace referencia a la demanda por el cuidado personal de los hijos en caso de divorcio, separación de hecho, pérdida de la patria potestad, maltrato del menor, entre otros.

un fin que no puede ser utilizado para discriminar en razón de la orientación sexual del padre o madre, especialmente a partir de presunciones infundadas y estereotipadas. En su fallo, la Corte condenó a Chile por violar el derecho a la no discriminación contenido en el Pacto de San José, estimando errónea la decisión de la Corte Suprema de Chile, porque la expresión de la opción sexual de la madre no debería ser un antecedente relevante para determinar su idoneidad como titular del cuidado personal de sus hijas. Concluye también que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no protege un único modelo de familia.

Como se observa, esta sentencia ofrece un marco exegético muy claro y relevante en defensa de la igualdad de las personas homosexuales. La Corte Interamericana resalta que *“la valoración social de la homosexualidad va cambiando y los estados y sus ordenamientos deben ayudar a ese cambio social y no a legitimar y consolidar formas de discriminación lesivos de los derechos humanos”*. (Martínez Rey, 2014).

Introduce además, un interesante giro argumentativo respecto a las supuestas consecuencias que tienen para los menores convivir con una familia homoparental. En este punto la Corte se pregunta: ¿Perjudica de algún modo a los menores la convivencia con parejas del mismo sexo? Para responder a este interrogante, se debe invertir la carga de la prueba de modo que no es la presunta víctima (para el caso concreto, Karen Atala) quien debe mostrar que su conducta no perjudica a nadie, sino que debe ser la autoridad que limita o restringe el derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual quien debe mostrar el daño.

En general, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza en el Caso Atala un examen de igualdad desde la base de un principio antidiscriminatorio en razón de la condición sexual; todo ello supone un avance porque agrega una perspectiva de igualdad como reconocimiento. Esta idea, busca resolver el problema de la

formación de la subjetividad apuntando a los déficits que fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. (Clérico, 2013). Sin embargo, la sentencia no hace referencia a un tema fundamental frente al debate de la adopción homoparental, que, como se explicará más adelante es el mayor vacío al que se enfrenta la discusión actual sobre el tema en el continente latinoamericano; este es el principio de interés superior del menor. La omisión de la Corte para referirse al principio del interés superior del menor sintetiza la cuestión debatida en que la decisión de tuición de las menores estuvo fundada en prejuicios y estereotipos vinculados a la homosexualidad, y no obedece realmente a los intereses de las tres menores. Así, el debate versó sobre la reivindicación de la condición homosexual y la legitimidad de su expresión por parte de la madre de las menores, argumento que merece todo el esbozo y análisis, pero que resulta insuficiente, si no se tiene a su vez en cuenta la protección de los menores y sus garantías mínimas de cuidado, afecto y derecho a pertenecer a una familia.

Con todo la Corte considera (a buen juicio) que en la región se hace urgente y necesario comenzar a implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, orientación sexual y no discriminación, protección de los derechos de la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales), además de una fuerte necesidad de superación de los estereotipos de género en contra de la población LGBTI; todo ello, supone grandes retos aún para América Latina.

Uno de los puntos trascendentales de este caso dentro del debate de la adopción homoparental, es la referencia especial que hace la Corte a uno de los pilares básicos de la adopción; Para empezar, la Corte IDH sostuvo que el principio del interés superior del niño tiene como fundamento la dignidad humana. Indicó además que, en casos relativos a la custodia de menores de edad, la decisión sobre que

está en el mejor interés del niño ha de hacerse con base en la evaluación de los —comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. (Gómez Mazo & Velázquez Ocampo, 2012).

De esta manera, bajo el imperio de la Convención Americana, la protección del principio del interés superior del niño ha de ser argumentada, no pudiendo sostenerse que se busca dar vigencia a dicho principio, en desmedro de derechos de terceros, sin cumplir con una carga de fundamentación suficiente donde se acredite que con la decisión tomada por el operador jurídico se está protegiendo al niño de una afectación real a su desarrollo y bienestar. (Gómez Mazo & Velázquez Ocampo, 2012).

Este caso, si bien no se presentó en uno de los países objeto de análisis del presente texto y se omitió uno de los más importantes y fundamentales argumentos para permitir la adopción homoparental (este es, el interés superior del menor), la sentencia ha servido como criterio interpretativo para el resto de los países latinoamericanos. El tema, hace referencia al carácter de la jurisprudencia en el ámbito internacional. Si bien la jurisprudencia se reserva por lo regular a casos dentro de los Estados, trasladándose al ámbito internacional, podría afirmarse que similar definición recibirían los criterios derivados de la actividad de los órganos jurisdiccionales creados en ese espacio; se proyecta entonces en dos sentidos, por un lado, comprende la posibilidad de utilizar los criterios derivados de la decisión de casos en el fallo de otros similares, en el ámbito interno. Por otro lado, hace mención a la libre discreción de los operadores jurídicos del ámbito para utilizar estos argumentos en sus fallos cuando los argumentos que versan sobre la decisión del órgano internacional puedan ser similares al que se debate en el ordenamiento jurídico interno.

El mayor aporte que el caso arroja al debate de la adopción homoparental en el continente, por un lado, es la necesidad de implementar programas, acciones y cursos en el marco de políticas públicas, para educar a la población y especialmente a los funcionarios judiciales en las teorías de género, derechos humanos y sexualidad diversa; el caso, desarrolla además un discurso argumentativo basado en postulados de igualdad. Por este motivo, los Estados latinoamericanos podrían reconocer y adecuar sus líneas jurisprudenciales de derecho interno, siguiendo las decisiones y recomendaciones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos; esta es notablemente una de las aspiraciones y compromisos de la región.

## **2. La adopción homoparental en el ordenamiento jurídico colombiano: breve recorrido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el avance paulatino en el reconocimiento de la homoparentalidad.**

Desde hace aproximadamente 10 años, la Corte Constitucional colombiana ha introducido en sus diversos fallos argumentos que permiten comprender mejor los alcances del artículo 42 de la Constitución Política que trata sobre la familia, especialmente sobre aquellos vínculos de los que se deriva un reconocimiento y especial protección por parte del Estado.

Sin embargo, a pesar de evidenciar una consonancia hermenéutica hasta el año 2007, la Corte, abruptamente rompe con esta línea interpretativa y comienza a dar alcances diferentes a los conceptos contenidos en el artículo 42 que la Constitución presenta respecto a la fundación nuclear de la familia, dando paso a que las parejas homosexuales, se asimilen completamente, en lo que les pueda corresponder, a los preceptos jurídicos que tienen las uniones heterosexuales que consiguen fundar un vínculo familiar a través del compromiso responsable y la apertura a una comunidad doméstica de crianza y fraternidad.

La Corte introduce de esta manera un nuevo parámetro bajo el supuesto de que, siendo guardiana de la Constitución y en su deber de interpretarla, indica cómo debe haber una especial protección por parte del Estado a la decisión libre y responsable de las parejas del mismo sexo a conformar una familia.

Es por este motivo, que en este punto se hace necesario analizar las sentencias que ha proferido la Corte Constitucional sobre adopción por parte de parejas del mismo sexo, toda vez que, en nuestro país los avances que se han dado sobre este

tema han sido a través de fallos jurisprudenciales. De otro lado, es fundamental revisar el desarrollo de estas decisiones con la finalidad de visualizar la forma en que la Corte ha llegado al reconocimiento de la adopción de niños por parte de parejas homosexuales.

- **Un camino dividido entre la reivindicación de los derechos de las parejas homosexuales y el concepto tradicional de la familia colombiana.**

A partir del año 1995 la Corte Constitucional ha realizado diversos pronunciamientos referentes a la adopción por parte de personas homosexuales (en forma individual y en pareja) en el país. La primera sentencia emitida sobre este punto es el fallo de tutela T-290 de dicho año.

En esta sentencia, se reseña un caso ocurrido en el año 1989, cuando una pareja dejó a su hija de menos de un mes de nacida al cuidado del señor José Gerardo Córdoba, quien se desempeñaba como administrador del inquilinato en el que se hospedaban; los padres de la menor nunca regresaron por ella arguyendo que él podía quedarse con la pequeña porque ellos no querían ni podían hacerse cargo de la niña. El señor Córdoba vivía en condiciones precarias y aun así asumió el cuidado de la menor, y solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) su adopción. Dentro del proceso se realizó una visita domiciliaria en la cual se determinó que el medio en el que vivía la menor era inadecuado para su normal desarrollo y se le recomendó al señor José que se mudara a un sitio mejor. Por otro lado, el solicitante manifestó que era homosexual y que vivía con su anciana madre. A raíz de ese estudio, el ICBF consideró que no era conveniente que la menor fuera criada por el señor Córdoba dadas las condiciones de pobreza extrema en las que vivían.

Con ocasión a la sugerencia hecha, el señor Córdoba envió a la niña a quedarse con su hermana quien vivía en mejores condiciones y tenía un hogar bien constituido. Durante ese tiempo el actor contribuyó a su manutención y la visitaba todos los días. Seis meses después, el ICBF realizó la visita de control para evaluar la situación de la menor, en la cual la hermana del señor Córdoba manifestó que ya no quería continuar con el cuidado de la niña por lo que se remitió a la menor a un hogar de paso. Posteriormente se ubicó en un hogar sustituto normal donde por primera vez compartió con niños de su misma edad.

El actor expresó su desacuerdo con la decisión del ICBF de buscar otra familia para la menor y darla en adopción porque a pesar de su pobreza, durante cinco años él la había cuidado y querido como una hija. Argumentó que la única razón por la que se tomó esa decisión era por su condición homosexual, circunstancia que no le impedía ser un buen padre. Por las razones anteriores consideró violado su derecho a la igualdad y el de la menor a pertenecer una familia.

En el fallo de instancia se negó la petición por considerar que existían otros medios judiciales de defensa al alcance del actor, además que no se evidenciaba violación alguna a los derechos fundamentales alegados.

Al analizar este caso, la Corte Constitucional decidió confirmar la sentencia de primera instancia considerando que la acción de tutela como mecanismo transitorio no podía ser invocada en este caso porque sólo procedía cuando se trata de evitar un perjuicio irreparable.

Continuó con su argumento indicando que, a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas al cuidado de la menor, le corresponde al Estado velar por su

custodia y bienestar, o confiarlo mediante la adopción a personas idóneas de acuerdo a lo establecido en la Constitución; en el caso particular es evidente que aunque el actor le brindó cuidado y amor durante varios años a la menor, ella tiene derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social de acuerdo al artículo 44 superior.

El tutelante aseguró que su homosexualidad fue el único factor que el ICBF consideró para declarar que la menor se encontraba en estado de peligro y asignar su custodia a terceros. En este punto, la Corte hizo énfasis en su parte motiva, que según el acervo probatorio del caso, se encontraba probada la necesidad de aplicar las medidas de protección adoptadas debido a que las condiciones de habitación de la menor no eran aptas para garantizar su adecuado desarrollo y que en ningún caso la razón de la decisión versaba sobre la orientación sexual del actor.

Sin embargo, en aquella ocasión el Magistrado Carlos Gaviria Díaz salvó su voto, manifestando que esta sentencia no se refería específicamente al establecimiento de un precedente doctrinario e interpretativo en cuanto a la adopción por parte de personas del mismo sexo, dado que la Corte solo se limitó a explicar porque en ese caso no había discriminación y de cualquier manera evitó referirse sobre un tema donde la opinión pública parece ser un intérprete más de las disposiciones de la carta política colombiana. El Magistrado Carlos Gaviria Díaz salvó su voto en tal sentido indicando que: *“Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual, constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”*. (Corte Constitucional colombiana, 1995).

Subsiguientemente, la sentencia C-098 de 1996, por medio de la cual se demanda la constitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la ley 54 de 1990 en la cual se

establecen las uniones libres y por ende las sociedades patrimoniales de hecho, fue demandada a la luz de los derechos fundamentales a la igualdad efectiva ante la ley, y al libre desarrollo de la personalidad por la omisión legislativa que se da en tal marco legal, al respecto de la imposibilidad de las parejas homosexuales para el desarrollo de una comunidad de vida bajo el amparo de la unión marital de hecho, posibilidad desprendida del derecho innato al ser humano de desarrollarse libremente, siendo la orientación sexual uno de los contenidos imperantes en el derecho.

En este caso, la parte actora consideró que las normas demandadas no tomaban en consideración a las parejas homosexuales que convivían de manera estable y permanente, y es en ese sentido que se generaba una discriminación violatoria de los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de la Constitución Política.

De otro lado afirmaban que la Ley 54 de 1990 consagró el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y que pese a que se trata de un tema económico solo se limitaba a proteger a las uniones heterosexuales dejando en desprotección a parejas homosexuales que se encontraban en la misma situación.

A fin de resolver el problema jurídico que se presentaba en este caso, la Corte Constitucional se preguntó si la referida omisión legislativa era inconstitucional, toda vez que la unión marital de hecho a la que se referían las normas demandadas era una forma legítima de constituir una familia y por ende, debía ser objeto de protección del Estado y de la sociedad porque ella misma daba origen a esta institución, y tanto la definición como las presunciones de dicha ley se reseñaban la unión entre un hombre y una mujer, excluyendo a las parejas homosexuales.

A su juicio, *“la sexualidad, heterosexual u homosexual es un elemento esencial de*

*la persona humana (...)*” (Corte Constitucional colombiana, 1996) y a la luz de la Constitución puede ser expresado legalmente. Las disposiciones acusadas en la demanda por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales no estaban coartando el derecho constitucional a la libre opción sexual, además la ley no impedía de ninguna manera que se formaran parejas del mismo sexo ni obligaba a las personas a negar su condición u orientación sexual. Agregó que la sociedad patrimonial en sí misma no era un presupuesto para ejercer el derecho fundamental a la libre opción sexual.

Continuó diciendo que en tales disposiciones el legislador no estaba prohibiendo ni sancionando la homosexualidad, sino que ésta ley se limitaba a tratar aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relación como es la heterosexual, por lo tanto, no encontró censura o estigmatización alguna hacia las parejas homosexuales, pues además el propósito de la ley era proteger las uniones maritales heterosexuales sin perjudicar las restantes, como en efecto no había ocurrido.

En consecuencia, la Corte decidió estarse a lo dispuesto en Sentencia C-239 de 1994 en lo referente a la expresión “*a partir de la vigencia de la presente ley*” del artículo primero; y declaró exequible la parte restante de dicho artículo; asimismo, el literal a) del artículo segundo de la Ley 54 de 1990.

A través de este fallo, la Corte dejó abierta la posibilidad de realizar un examen de constitucionalidad más detenido y riguroso en caso de comprobarse una intención lesiva en la normatividad hacia las parejas del mismo sexo o que la aplicación de la misma generara un impacto negativo en contra de esta minoría. Esta sentencia dio lugar a varias aclaraciones de voto que recalcan la relevancia jurídica de las uniones entre homosexuales, pero la desplazaban como función legislativa al Congreso de la República porque esta normatividad debe darse

independientemente de si se catalogan tales uniones dentro del concepto de familia, indicando que este núcleo social es una institución dinámica, susceptible de examen constante y adaptación por parte de una constitución concordante con la evolución histórica.

En aquella ocasión, se presentaron también salvamentos de voto; los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Valencia consideraron que independientemente de que a una pareja homosexual se le reconociera como familia la ley debía establecer un régimen patrimonial para estas uniones. Asimismo, consideraron que la idea de familia, en su estructura, tipología y funciones, no pertenecían a un concepto único como se entiende el tradicional, por el contrario, es una institución que está en constante evolución y la cual ha incorporado nuevas formas y tipos de convivencia y por lo tanto, el derecho de familia debía seguir el curso de la historia y respetar el derecho a la libre opción sexual.

Estas consideraciones, reflejaron la preocupación por los derechos de las parejas homosexuales y la falta de actuación del legislador y de la misma Corte para promover su protección.

- **Exigencias de carácter moral a personas que pretendan adoptar es constitucional bajo el entendido de *moral social o moral pública* - La familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica**

El siguiente caso se encuentra en la sentencia C-814 de 2001, en la que se demandó la inconstitucionalidad parcial de los artículos 89 y 90 numeral 2º del Decreto Ley 2737 (antiguo Código del Menor) en lo referente a la exigencia de una idoneidad moral en el adoptante o adoptantes en el primero y la exclusión de las parejas homosexuales como sujetos pasivos de la ley demandada en la lista de

posibles adoptantes en el segundo.

La demandante indicaba que dentro del artículo 89 del Código, era inconstitucional que se exigiera como requisito para adoptar idoneidad moral suficiente dado que la Constitución no exigía ningún tipo de moral a los habitantes del país. Asimismo, dijo que la condición moral de una persona no es criterio suficiente para impedir la adopción de un menor, así como tampoco lo es para contraer matrimonio, formar una familia o procrear un hijo. Además, consideró discriminatorio que se impidiera a una persona adelantar un proceso de adopción por su conducta moral porque se estaría haciendo un reproche de su opción de vida que no se hace a los padres biológicos.

Sobre el numeral 2º del artículo 90 consideró que es inconstitucional porque establecía una discriminación en contra de las parejas del mismo sexo porque al impedir que adelanten procesos de adopción estaba violando el derecho a ser tratados de igual forma que las parejas heterosexuales; al respecto dijo que el reconocimiento de los derechos individuales de los homosexuales debía armonizarse con el reconocimiento de derechos de pareja para así evitar el tratamiento discriminatorio. Sostuvo que los derechos de los niños gozaban de protección nacional e internacional y que prevalecían sobre los derechos de los demás, entonces con la restricción de este artículo se estaba haciendo un juicio *a priori* del tratamiento que los homosexuales podían brindarle a un menor dado que se ha comprobado que los padres heterosexuales despliegan conductas que también ponen en riesgos sus derechos. Consideró el actor que esta posición legal era un prejuizamiento con base en “premisas equivocadas, peligrosas y subjetivas” que desconocían el trato igualitario para las parejas del mismo sexo.

En este caso, la Corte debía definir si el legislador podía o no establecer exigencias

de carácter moral a las personas que pretenden adoptar un menor, y si la adopción homosexual resultaba conforme a la Constitución. En este sentido algunos ciudadanos y entidades públicas participaron de la discusión a través de intervenciones de las que se desprenden ciertos argumentos que propendían por el reconocimiento de los derechos de los homosexuales; así, el Ministerio de Justicia y de Derecho aportó un escrito al proceso afirmando que la idoneidad moral exigida era constitucional mientras no lo era el reproche moral por la orientación sexual, aclarando de la mano de la Procuraduría, la necesidad de trasladar el debate de la adopción por parte de parejas del mismo sexo a instancias democráticas y representativas, aludiendo al órgano legislativo, debido a las profundas implicaciones sociales que conlleva la aplicación de un fallo que conceda este tipo de adopción.

En el examen de constitucionalidad la Corte encontró que ambos artículos eran acordes con la Constitución bajo los siguientes argumentos: frente al artículo 89 del Código del Menor afirmó que la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que dentro de un Estado pluralista y democrático como figura en la Constitución, el Estado pudiera adoptar conceptos morales para definir situaciones jurídicas o para limitar algunos derechos de las personas, solo si estos se referían a la *moral social o moral pública* entendida como aquella comúnmente aceptada. Dicho esto, consideró que la exigencia de idoneidad moral contenida en dicho artículo para quienes pretendían adoptar, no estaba en contra de la Constitución, siempre y cuando dicha exigencia se entendiara referida a la noción de *moral social o moral pública*.

De otro lado, el numeral 2º del artículo 90 no era violatorio de la Constitución toda vez que en él se reflejaba igualdad de trato para las parejas conformadas entre un hombre y una mujer unidos por matrimonio o unión marital de hecho, así se

equiparaban los derechos de unas y otras como fue el propósito del constituyente. Ahora, frente a la posible omisión legislativa, a juicio de la Corte no existía tal porque la adopción es la forma de satisfacer el derecho de un menor a tener una familia y la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica.

Es evidente que con este fallo no se logró que la Corte realizara un análisis riguroso sobre la posibilidad de permitir que parejas homosexuales adoptaran, simplemente se limitó a realizar un estudio literal de las normas y la intención del constituyente de proteger la familia heterosexual dejando de lado el debate actual de la evolución que ha tenido esta institución y la realidad de que la misma ya no se acopla a la normatividad plasmada por el constituyente que concibió la familia como la que se compone de la voluntad de un hombre y una mujer de conformarla.

En aquella ocasión varios Magistrados salvaron su voto ya que diferían con la interpretación literal hecha del artículo 42 de la Constitución Política en cuanto a que ésta, semánticamente y de la mano con una interpretación holística, reconocía la existencia de varios tipos de familia.

Estos salvamentos y aclaraciones de voto dejaron claro que la Corte evadió realizar un análisis profundo de la posibilidad que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar y le dio más importancia a resaltar el concepto de familia monogámica y heterosexual que trae la Constitución dejando por fuera a las parejas homosexuales y creando así en la sociedad la idea de que la familia heterosexual es la que debe prevalecer y es la ideal.

Quienes salvaron el voto, consideraron que no era correcto el análisis realizado por la Corte en esta sentencia, toda vez que, se hizo una interpretación puramente literal de la norma en la que se concluyó que la Constitución sólo protege la familia

monogámica y heterosexual. Ellos discurrieron que de la lectura del inciso primero del artículo 42 no se podía deducir tal afirmación. Para estos, la estructura gramatical del texto planteaba casos distintos en los que se puede conformar una familia y todos estaban precedidos por la preposición “por”. Por esta razón no estuvieron de acuerdo con que, a lo largo de la sentencia la Corte haya sostenido que el único tipo de familia que es reconocido y protegido por la Constitución es la que se encuentra conformada por un hombre y una mujer.

También consideraron que la Corte no tuvo en cuenta el derecho superior del niño cuando realizó el análisis de la sentencia, aunque en el recorrido de la misma se hizo referencia a esta institución.

- **Fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda: razón por la cual la Corte Constitucional no realizó un examen riguroso sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo.**

Posteriormente, la sentencia C-802 de 2009 versó sobre la inconstitucionalidad del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 1º de la Ley 54 de 1990; se solicitó que por medio de un fallo modulativo se reconociera la posibilidad de los compañeros permanentes homosexuales a la adopción, sustentado en el cambio jurisprudencial que había tenido la Corte Constitucional en materia de derechos de los homosexuales y en el reconocimiento que debía hacerse, dentro del marco de las diferentes familias reconocidas constitucionalmente, a las parejas del mismo sexo como núcleo básico de la sociedad, en pro de garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos de los homosexuales, como posibles adoptantes, y de los menores en relación con su derecho a tener una familia.

En este caso, Intervinieron en la sentencia ciudadanos, entidades públicas y privadas, de corte nacional e internacional, e instituciones académicas, soportando, en su mayoría, la declaratoria de exequibilidad condicionada de los apartes demandados, basando su postura en una interpretación inclusiva de las parejas homosexuales, además de ponderar el principio de interés superior del menor, toda vez que *“en cuanto se refiere al derecho de los niños a tener una familia, la adopción de menores por parte de parejas homosexuales, contrario a lo que podría llegar a pensarse, no afecta el interés superior de éstos y materializa la protección y realización de algunos de sus derechos fundamentales. En efecto, más allá de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso, lo cierto es que el hecho de que una pareja homosexual pueda adoptar, envuelve una situación más ventajosa para el adoptado, en comparación con la situación que acontecería en un hogar de atención en el que permanecería sin lograr hacer parte de una familia. (...) pareciera entonces que no existe razón suficiente que niegue la posibilidad de que un menor sea entregado a una pareja homosexual, teniendo en cuenta para ello que el funcionario administrativo encargado de la totalidad de los trámites para llevar a cabo una adopción, realiza, en cada caso, una ponderación sobre la idoneidad y estabilidad de la pareja, en orden a procurar la materialización del principio del interés superior del menor.”* (Corte Constitucional colombiana, 2009).

A pesar de ello, la Corte profirió un fallo inhibitorio debido a la ineptitud sustantiva de la demanda, por no incluir dentro de los apartes a examinar constitucionalmente toda la normatividad relativa a la adopción por parte de compañeros permanentes, planteando el régimen jurídico al respecto diferentes supuestos de hecho cuyo análisis implicaba pronunciamientos de fondo en conjunto para garantizar que los efectos de la sentencia no fueran inocuos y que se respetara el debido proceso constitucional al permitir la intervención de interesados u obligados a rendir concepto en lo referente a lo normatividad que se vería afectada con un fallo

modulativo <sup>8</sup>.

En este fallo al igual que en el anterior la Corte nos deja sin ningún pronunciamiento de fondo sobre la posibilidad que las parejas del mismo sexo puedan adoptar niños en el país. Aunque es cierto que gracias a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha avanzado en el reconocimiento de derechos a la comunidad LGTBI todavía existen vacíos e incertidumbre frente al tema de la adopción porque en las sentencias que se han mostrado hasta ahora el tema siempre se ha quedado al margen de la discusión de los derechos que tiene los homosexuales como parejas a adoptar.

- **Introducción del argumento hito *las parejas homosexuales también son familia*: Sentencia C-577 de 2011**

En esta ocasión se demandó el artículo 113 del Código Civil el cual establecía el matrimonio como aquel conformado por un “hombre” y una “mujer”, solicitando que dicha interpretación se hiciera extensiva a las parejas del mismo sexo eliminando la procreación como uno de sus fines; de igual forma las definiciones de familia dadas por la Ley 294 de 1996 y 1361 de 2009 de acuerdo a su interpretación excluyente de las parejas homosexuales.

La Corte declaró la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil bajo el precepto que enmarca a este vínculo contractual supeditado a la unión heterosexual por

---

<sup>8</sup> De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en su sentencia C1153/05 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, la modulación del fallo constitucional no se refiere sino a la adecuación teórico jurídica de la norma infraconstitucional con la disposición superior. Dicha práctica en manera alguna implica un pronunciamiento sobre las connotaciones políticas de la disposición bajo estudio. Pese a que la Corte declara exequible la norma analizada bajo la condición de que se entienda que su interpretación constitucional es aquella y no ésta, el juez constitucional jamás abandona el terreno del análisis jurídico. Incluso, al modular la decisión, el juez constitucional se circunscribe a la órbita jurídica del razonamiento, sin que le esté permitido someter a juicio las repercusiones de oportunidad y conveniencia de su decisión.

voluntad expresa del legislador sin desconocer el déficit de protección existente al respecto en las parejas homosexuales, exhortando al legislador, dentro de un marco temporal definido, a expedir normas que regularan el vínculo contractual de las parejas del mismo sexo so pena de aplicación a esta minoría de la regulación existente para las parejas heterosexuales al vencimiento del término de 2 años.

Uno de los argumentos introducidos para fundamentar su decisión es que el concepto de familia establecido en la Carta Política no era excluyente de formas distintas de conformación de vínculos familiares a la unión marital o matrimonio heterosexual monogámico ya que según la evolución del núcleo social referido y la maleabilidad del mismo, de acuerdo a cambios en la estructura de la sociedad, se permitía reconocer formas de crear vínculos distintas a la coincidencia con el objeto enmarcado constitucionalmente bajo el amparo de los diferentes supuestos o hipótesis consagrados en el artículo 42 de la carta magna. Aclarando que, en concordancia con esta interpretación, disidente al precedente establecido por el ente judicial al respecto de la familia como heterosexual y monogámica, se hacía extensiva la aplicación a las parejas homosexuales debido a que comparten la predicación de afecto, respeto y solidaridad reconocida en las uniones heterosexuales. De la anterior se infiere que, de acuerdo a una interpretación acorde a los estándares actuales, se reconocía un régimen no solo patrimonial sino humano con derechos de carácter económicos y morales a las parejas homosexuales.

Surtido el análisis jurisprudencial, era pertinente continuar hacia la adopción de parejas homoparentales, aplicable bien sea a la adopción de niños en situación de abandono (artículo 61 y siguientes de la ley 1098 de 2006) o aquella denominada consentida consagrada en los artículos 66 y 68 del código de la infancia y adolescencia.

No era oportuno separar ambos supuestos fácticos ya que, según lo indicaba la doctrina, respecto a la adopción, por más que se estén materializando los derechos del adoptante a tener una familia como núcleo de la sociedad en virtud del artículo 42 de la Carta Política y los ya mencionados anteriormente, como el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad ante la ley resultando en el derecho a no ser discriminado por la orientación sexual, bien sea de forma consentida o conjunta, el núcleo de la figura jurídica creadora de relaciones de parentesco residía primordialmente en la materialización de los derechos fundamentales del menor sujeto a la adopción, a saber: el derecho a la vida en condiciones óptimas para garantizar el desarrollo adecuado del menor, estableciendo a la familia como pilar fundamental de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la legislación nacional (artículo 1 de la ley 1098 de 2006); en nuestra Constitución en virtud del artículo 44 donde se establece el derecho de los sujetos pasivos de la norma específica a tener una familia y en la internacional, en la Convención de los derechos del niño, tratado internacional ratificado por Colombia (en su preámbulo y artículos iniciales que establecen principios rectores en el comportamiento que debe tener el estado).

Tomando como base lo anterior es necesario recalcar que en nuestra Constitución Política, más específicamente lo establecido en los artículos 13 y 44, se da un interés superior y más imperioso constitucionalmente a los derechos de aquellos que requieran especial protección del Estado debido a su incapacidad o estado de inferioridad, materializándose en los menores de edad en virtud del segundo artículo mencionado. Es imperante señalar que el Código de la Infancia y la Adolescencia estableció, de manera expresa, como criterios interpretativos en la aplicación al ámbito regulado por la ley, la preponderancia de lo establecido en sí mismo, con respecto a derechos de igual o menor rango constitucional (artículos 8 y 9). De lo expresado surge entonces la innegable conclusión que por mandato legal,

constitucional y doctrinario primaba el derecho del menor adoptable sobre el del posible adoptante. En aquella ocasión la Corte Constitucional ratificó que las parejas homosexuales también constituyen familia, ya que:

*“Para la Corte no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. A su juicio, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia”.* (Corte Constitucional colombiana, 2011).

En esta sentencia la Corte Constitucional concluyó que no podía existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a ésta solamente con aquella que surge de un vínculo matrimonial. Por ello determinó que la heterosexualidad no es, entonces, elemento esencial del concepto de familia, pues no se predica de todas ellas.

- **Sentencia T-276 de 2012: La Corte concedió la tutela pero guarda silencio frente al derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del accionante. a los derechos solicitados por el accionante para sí y sus hijos.**

En esta ocasión, un ciudadano estadounidense interpuso acción de tutela en nombre propio y de sus hijos adoptivos menores de edad, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), solicitando que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso, así como el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar.

Los hechos comenzaron cuando el actor inició un proceso de adopción de dos menores de 13 y 8 años de edad, el cual culminó satisfactoriamente. Antes de salir del país con sus hijos se acercó a las oficinas del ICBF para despedirse de algunas personas y afirmó que en una conversación informal y sin traductor le manifestó a la Subdirectora de Adopciones de la entidad que siendo él una persona gay y con los temores que se presentaban en el país frente a la adopción por parte de personas homosexuales, él nunca fue considerado no apto para adoptar; la funcionaria le preguntó si tenía pareja y él respondió afirmativamente.

Posteriormente se dirigió a la embajada de Estados Unidos para recoger las visas de sus hijos y viajar ese mismo día de regreso a su país, pero en la embajada le comunicaron que las visas de los niños habían sido negadas porque el ICBF solicitó impedir la salida de los menores.

Se dirigió al ICBF, donde la Subdirectora de Adopciones le comunicó que al día siguiente se iniciaría un proceso de restablecimiento de derechos de los menores.

Dijo que ese mismo día la funcionaria radicó una denuncia de amenaza de los derechos de los niños y solicitó verificar su situación y de igual forma iniciar un proceso de restablecimiento de sus derechos.

El demandante argumentó que en su caso se evidenciaba un trato diferenciado por parte de la institución en razón de su orientación sexual, toda vez que, el proceso de restablecimiento de derechos de los niños se inició en el momento en que él le comentó a la Subdirectora de Adopciones su condición de homosexual y que tenía pareja, y la forma en la que se había desarrollado el proceso. Añadió que dicha funcionaria infirió sin sustento alguno que él convivía con su pareja y que además le ocultó esa información al ICBF durante el proceso de adopción.

En respuesta, el ICBF argumentó que el accionante contaba con otros medios de defensa y además este no había demostrado la existencia de una amenaza de perjuicio irremediable. De otro lado manifestó que la tutela no debía prosperar, toda vez que, el planteamiento de la demanda se centraba en proteger los derechos del adoptante dejando de lado los derechos de los menores.

Asimismo, afirmó que en el caso no había lugar a proteger los derechos de los niños a tener una familia porque no existía una. Al respecto, señala “(...) *cuando una persona homosexual, sea una mujer o un hombre ó una pareja homosexual decide solicitar una adopción, desde la simple perspectiva exegética y literal de la Constitución, no constituyen familia*” (Corte Constitucional colombiana, 2012) y que el proceso de restablecimiento de derechos se había desarrollado conforme a la ley.

Tanto la sentencia de primera y de segunda instancia negaron el amparo solicitado por el actor, entre otras razones, al considerar que el demandante no fue discriminado por las acciones desplegadas por el ICBF, puesto que la institución

buscaba proteger el estado emocional de los niños. En segunda instancia se confirmó la decisión, pues el *ad quem* consideró que el demandante debía revelar su orientación sexual durante el proceso de adopción, toda vez que, este sí es un dato relevante para el proceso y al no haberlo hecho vulneró el principio de buena fe.

Luego, al llegar el debate a la Corte Constitucional, la corporación consideró que la tutela era procedente porque el accionante no contaba con otros medios para evitar un perjuicio irremediable. Posteriormente, en el examen de la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el tutelante a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso, el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar, la Corte concedió la tutela, pues a su juicio el ICBF tomó decisiones injustificadas y desproporcionadas que constituían una vía de hecho administrativa y lesionaron los derechos fundamentales al debido proceso y a la unidad familiar.

La Corte no tuteló los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad que el adoptante había solicitado, así como el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar.

En esta sentencia, se observa (como en muchos otros pronunciamientos de la Corte Constitucional) que no existió una verdadera decisión de fondo; nada se dice sobre los derechos del accionante, ni se crea un verdadero precedente en la protección de la institución homoparental como una forma de constituir familia; mucho menos se pronunció sobre el interés superior del menor, especialmente en un país donde muchos niños quedan a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien niega, basándose en estereotipos sociales, la posibilidad a estos menores de pertenecer a una verdadera familia.

La Corte, es aún bastante reservada y a nuestro juicio, tímida al pronunciarse sobre la adopción entre parejas del mismo sexo, tema que requiere un profundo análisis, y más que ello, la adopción homoparental en Colombia es un tema que aguarda, desde hace más de 10 años, posiciones sólidas, y en todo caso una verdadera regulación, pues en esta sentencia se evidencia el vacío jurídico que existe al respecto.

En este caso concreto, sólo resolvió la cuestión basándose en los hechos que presentó el accionante, sin embargo, su argumentación estuvo lejos de satisfacer la necesidad de protección que las parejas homosexuales requieren y la equiparación de sus derechos respecto a las familias heterosexuales. No obstante, se aplaude el esfuerzo de la Corte por lograr un mayor reconocimiento a las parejas del mismo sexo, si bien no se ha alcanzado un trato de igualdad total sí encontramos un compromiso, pues la Corte resolvió que la adopción es totalmente legal.

- **Para la Corte, la interpretación de improcedencia de la solicitud de adopción del hijo biológico por parte de la compañera sentimental del mismo sexo de la madre, es totalmente contraria a los principios rectores del ordenamiento jurídico colombiano y por lo tanto debía evitarse en el proceso la discriminación con fundamento a la orientación sexual.**

En sentencia SU-617 de 2014, se resolvió el caso de Ana Elisa Leiderman y Verónica Botero (conocidas en la sentencia como Turandot y Fedora) frente a la pretensión de adopción de la menor Lakme hija de una de las accionantes.

Todo comenzó el 06 de enero de 2009, cuando la pareja presentó una solicitud de

adopción ante la Defensoría de Familia de Rionegro, posteriormente esta entidad declaró la improcedencia de la petición arguyendo que en la regulación vigente no se permitía la adopción por las parejas del mismo sexo y de acuerdo a la jurisprudencia no existía posibilidad jurídica de autorizar este tipo de adopción por lo tanto sólo podía adoptar el hijo del compañero o compañera permanente si es una unión heterosexual.

A raíz de la respuesta de entidad, las accionantes interpusieron acción de tutela en la cual solicitaban que se declarara el vínculo filial entre la hija biológica de una de las accionantes y su compañera permanente. La sentencia de primera instancia ordenó al ICBF Regional Antioquia y Defensoría Segunda de Familia de Rionegro la continuación de todos los trámites administrativos de adopción, con pleno cumplimiento del derecho al debido proceso, el interés superior de la menor y el derecho a la igualdad. La entidad demandada impugnó el fallo por cuanto consideró que las accionantes contaban con otros mecanismos judiciales para controvertir el acto administrativo que puso fin al trámite de adopción, y que la decisión que ella había tomado estaba conforme a la jurisprudencia constitucional y a la normatividad del caso, y que actuaron respetando los derechos fundamentales de las partes involucradas.

Por su parte, el apoderado de las tutelantes allegó escrito de apelación adhesiva, en el que solicitaba al juez de segunda instancia que revocara la sentencia de tutela y en su lugar ordenara que se procediera directamente con la adopción de la menor. El fallo de segunda instancia inadmitió dicha solicitud, toda vez que el objeto de la figura era controvertir una decisión judicial y en el escrito allegado perseguía su cumplimiento.

Así las cosas, el Tribunal confirmó el fallo de primera instancia y aclaró que la orden

judicial iba encaminada a que se adelantara el trámite de adopción respetando el debido proceso y no a resolver de fondo la solicitud. Posteriormente, presentaron escrito de incidente de desacato por parte de las accionantes contra el ICBF y la Defensoría por el incumplimiento del fallo judicial, pero en esta ocasión el juzgado consideró que no configuró el desacato.

En el análisis del caso, la Corte en la sentencia condicionó la adopción por parte de parejas del mismo sexo al hecho de que los cónyuges hayan tenido al menos dos años de convivencia; a que el menor adoptado se el hijo biológico del compañero del peticionario de la adopción; y a que ésta sea consentida por el padre o madre biológica. En esta ocasión la Corte señaló que *“Cuando la autoridad administrativa excluye la posibilidad de la adopción por consentimiento con fundamento en el carácter homosexual de la pareja requirente, vulnera los derechos de todos ellos a la autonomía familiar y a tener una familia, por cuanto se desconoce, sin razón que lo justifique, la existencia de un arreglo familiar en el que el menor, por voluntad de su padre o su madre biológicos, comparte la vida con el compañero o compañera del mismo sexo de aquél, y en el que se conforma un vínculo sólido y estable entre ellos, a partir del cual el adulto ha asumido las obligaciones y deberes asociados al vínculo filial”*. (Corte Constitucional colombiana, 2014).

Para la Corte, la interpretación de improcedencia de la solicitud de adopción de un niño, niña o adolescente por parte de la compañera sentimental del mismo sexo de su madre biológica cuando medie el consentimiento, era totalmente contraria a los principios rectores del ordenamiento jurídico colombiano. Es por ello que las autoridades administrativas o judiciales debían evitar la discriminación con fundamento en la orientación sexual como criterio para imposibilitar la creación de relaciones materno-filiales. En armonía con este argumento, se ordenó continuar con el trámite de adopción, sin que la orientación sexual de la solicitante pudiera ser

utilizada como criterio de descalificación para la adopción.

Esta decisión sin precedentes concluyó que el criterio de discriminación basado en la orientación sexual era inaceptable en materia de adopción en aquellos casos en que la compañera permanente reclama la autorización administrativa y judicial para adoptar a la hija biológica de su pareja. Con todo, esto no resolvió el vacío sobre el derecho de adopción para las familias con orientación sexual diversa, si sirvió como herramienta de acercamiento entre la realidad social y el derecho en clave del principio de igualdad establecido por la condición social del Estado colombiano.

Aunque nos encontramos ante un caso hito en la historia de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, actualmente la Procuraduría General de la Nación ha solicitado la nulidad de la sentencia, argumentando que las accionantes mintieron para obtener la adopción de la menor, toda vez que uno de los requisitos para poder acceder a esta es que el donante debía ser anónimo, y en este caso se trata de una familia de las peticionarias. El Ex Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez indicó que la menor si tendría un padre biológico a quien reconoce como tal, y con quien tiene una relación al igual que la tiene con su madre.

Es menester recordar también que mediante el concepto 5926 del 17 de mayo de 2011 expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) se estableció que no era procedente, de acuerdo a los parámetros constitucionales textuales y al desarrollo interpretativo de la Corte Constitucional, establecer la pregunta sobre la orientación sexual dentro del Lineamiento Técnico del Programa de adopciones, como regulador de las calidades necesarias para acceder de la institución jurídica creadora del parentesco civil, por referirse a criterios discriminatorios amparados bajo el peso de la Carta Política constitutivos del desarrollo de la vida digna en conexidad con el libre desarrollo de la personalidad y

circunscritos al ámbito privado del ser humano.

Así las cosas, en esta sentencia se concluyó que para el país aún no era claro el panorama frente a la adopción por parte de parejas homosexuales; la Corte Constitucional aún no había realizado verdaderos pronunciamientos de fondo, toda vez que al omitir sentar jurisprudencia como en otras ocasiones lo hiciera en temas álgidos que revisten importancia para la sociedad, lo único que reflejaba era más incertidumbre en el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales. Partiendo entonces del concepto utilizado por Ferdinand Lassalle, en su discurso Qué es una Constitución, los problemas constitucionales no son, en principio, problemas del derecho, sino del poder.

- **Parejas del mismo sexo sólo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.**

En sentencia C-071 de 2015 la Corte Constitucional indicó que las parejas del mismo sexo sólo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga sobre el hijo/a de su compañero/a permanente.

En esta sentencia la Corte resolvió dos problemas jurídicos, así: si las reglas existentes sobre adopción conjunta en primer lugar, y adopción complementaria o por consentimiento ejercida por compañeros permanentes heterosexuales con una convivencia ininterrumpida de al menos dos años, vulneraban los derechos de los compañeros permanentes del mismo sexo a la no discriminación y a constituir una familia.

La Corte analizó la constitucionalidad de apartes de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 y del artículo 1o de la Ley 54 de 1990 y concluyó que estos son exequibles con la precisión que las parejas del mismo sexo sólo pueden adoptar el

hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Consideró que las normas sobre adopción conjunta no quebrantaban los derechos invocados y que le correspondía al Congreso determinar los efectos de la adopción y quiénes pueden adoptar.

Precisó que el concepto jurisprudencial de familia que trajo la sentencia C-577 de 2011 no implicaba una extensión automática y uniforme para todos los efectos legales incluido la adopción, institución que debe propender por el interés superior del menor teniendo en cuenta que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Respecto de la adopción conjunta manifestó que esa institución está concebida para suplir necesidades de maternidad y paternidad, es decir, que a esta sólo pueden acudir las parejas heterosexuales y eso no significaba una vulneración del derecho a igualdad ni de los preceptos del artículo 42 de la Constitución. Sin embargo, aclaró que esto no significa que exista prohibición constitucional para que el legislador reconozca a parejas del mismo sexo el derecho de adoptar, sino que la opción legislativa actual plasmada en las normas demandadas es permitida y no va en contra de la Constitución.

En cuanto a la adopción complementaria o por consentimiento, sostuvo que cuando el Estado se inhibe de reconocer las relaciones familiares existentes entre niños que tiene una sola filiación (madre o padre) y el compañero permanente del mismo sexo de éste y con el que comparte la crianza, el cuidado y su manutención, podía comprometer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que con esa omisión se amenazaba el derecho constitucional fundamental a no ser separados de su familia. Por esta razón condicionó la exequibilidad del artículo 64 numeral 5o, artículo 66 y artículo 68 numeral 5o de la Ley 1098 de 2006, en el entendido que en

su ámbito de aplicación estaban también las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

- **La Corte Constitucional aprueba la adopción homoparental: Las parejas del mismo sexo pueden adoptar “conjuntamente” en Colombia**

En sentencia C-683 de 2015 la Corte Constitucional decidió permitir que los niños, niñas y adolescentes del país sean adoptados por parte de las parejas del mismo sexo. En tal sentencia se demandó la constitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 (parciales), Código de Infancia y Adolescencia y el artículo 1ª de la Ley 54 de 1990 (parcial), por vulnerar los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución Política y algunas normas internacionales. De igual manera, existió una evidente omisión legislativa relativa que desconocía el derecho de los menores a ser adoptados por estas parejas y las interpretaciones constitucionales que hacen algunas autoridades administrativas, tales como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y el Procurador General de la Nación.

De los argumentos que fundamentaban la demanda y tomando como derrotero el principio superior del menor, los accionantes propusieron tres cargos de inconstitucionalidad, así: *“(i) Vulneración del principio de igualdad por falta de protección al interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su derecho a tener una familia (arts. 13, 42 y 44 CP). (ii) Omisión legislativa relativa que desconoce la igualdad, el interés prevalente de los menores en los procesos de adopción y su derecho a tener una familia (arts. 13, 42 y 44 CP). (iii) Interpretación institucional generalizada, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Procuraduría General de la Nación, que desconoce los derechos a la igualdad, la familia y el interés superior de los menores (...)”* (Corte

Constitucional colombiana, 2015).

Inicialmente la Corte hizo un examen de cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta la reciente sentencia C-071 de 2015 (donde se examinó la vulneración del principio de igualdad y el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar -artículos 13 y 41 de Constitución Política-). De ese examen, la Corte concluyó que efectivamente operaba la cosa juzgada constitucional en relación únicamente con las normas demandadas en esa sentencia pero se restringió expresamente el alcance a los cargos examinados en ella y por lo tanto concluyó que sus efectos son solo de cosa juzgada *relativa* dado que los cargos de la demanda se centraron en la presunta vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo a adoptar; y respecto del cargo hecho sobre el presunto desconocimiento del interés superior del menor (artículo 44 CP), este no cumplió con las exigencia mínimas para el examen, por lo tanto no existía ningún pronunciamiento por parte de la Corte que impidiera que en esta nueva demanda se resuelva el tema de fondo.

La Corte se remitió a los antecedentes legislativo para determinar que la Ley 1098 de 2006 excluyó la adopción por parte de las parejas del mismo sexo, por lo tanto, para realizar el examen de constitucionalidad no consideró pertinente hacerlo a partir desde la presunta *omisión legislativa relativa* propuesta en la demanda sino desde el alcance de las normas parcialmente acusadas y la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en los procesos de adopción.

Entró la Corte a realizar un análisis sobre el interés superior del menor, el derecho a tener una familia y de la adopción como medida de protección del menor, haciendo la advertencia que el análisis constitucional relacionado con la adopción tenía como eje central el *principio del interés superior del menor*, lo que no significaba, que se analicen otros derechos y principios de rango constitucionales.

Resalta que en los procesos de adopción lo importante no era dar un niño a una

familia sino una familia a un niño que la necesita y tiene derecho a ella. Es por esa razón que era necesario que la Corte analizara si la adopción por parte de parejas del mismo sexo afectaba o amenazaba el desarrollo integral de los menores y para esto hizo referencia al derecho comparado, a la evidencia científica y fallos relevantes de tribunales constitucionales. De tal comparación se evidenció que tanto desde las pruebas científicas y fallos importantes de los países que aceptan la adopción homoparental, el interés superior del menor no era vulnerado por la homosexualidad de los padres, todo lo contrario, se generaba un déficit cuando se niega a un menor en condición de adoptabilidad tener una familia; por lo tanto, cuando excluían a las parejas homosexuales que conformaban una familia de los procesos de adopción se generaba un desconocimiento al interés superior del menor representado en su derecho a tener una familia, toda vez que la adopción es una medida de protección que garantiza el derecho de los menores en estado de abandono, de acuerdo al artículo 44 de la Constitución.

En síntesis, la Corte declaró la exequibilidad de las normas acusadas bajos el entendido que, *“en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia”*. (Corte Constitucional colombiana, 2015). La decisión se basó principalmente en los siguientes argumentos:

1. Los estudios científicos y las pruebas aportadas al proceso demostraron que la adopción por parte de parejas homosexuales no genera afectaciones en el desarrollo integral de los niños adoptados y que no estaba acreditada afectación alguna de los niños que viven en una familia de homosexuales.
2. De acuerdo a la Constitución, a los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia constitucional *“la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos*

*indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella”.*

3. Nuestra Constitución indica que desde el punto de vista del interés superior del menor no debe existir en la ley diferencia frente al sexo de las parejas ni de la orientación sexual de quienes la conforman.

4. Como no se ha demostrado de manera concluyente que los menores que crecen en una familia homoparental sufran o puedan sufrir algún tipo de afectación en su desarrollo armónico e integral “*excluir a estas últimas del universo de potenciales adoptantes implica una limitación del derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, que afecta injustificada, irrazonable y desproporcionadamente su interés superior (CP art.44)*”.

5. La Corte verificó y reafirmó que es competente y legítima para resolver este caso en virtud del mandato del artículo 241 de la Constitución, además porque se trata de proteger derechos de población vulnerable como son los niños en estado de adoptabilidad frente a la interpretación de la ley que no es conforme con el interés superior del menor. Asimismo, “*aclaró que cualquier proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del menor y el restablecimiento de sus derechos, y por tanto en todo caso será deber del Estado verificar, conforme a la Constitución y en los términos de esta sentencia, si se cumplen los demás requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico*”.

Aunque en esta sentencia se trató el tema fundamental sobre el cual debe versar la

adopción homoparental, cierto es que el interés superior del menor debería ser tenido en cuenta en todos los casos, no solo en aquellos de adopción por parte de parejas homosexuales; parece que la Corte condicionó a través de sus argumentos, que solo en aquellos casos en los que una pareja homosexual pretende adoptar a un menor, debe aplicarse esta regla, aunque debe ser también tenida en cuenta en los casos de adopción de parejas heterosexuales o de personas individuales. El punto de partida para analizar los casos de adopción que se presentan, debe partir de la pregunta acerca de qué parejas son idóneas y aptas para adoptar a un menor, sin importar sus condiciones sexuales, religiosas, étnicas o de otra índole cultural; en este sentido, existirían parejas, tanto homosexuales, como heterosexuales que podrían no ser competentes para adoptar debido a factores condicionantes que pueden poner en riesgo la vida del menor, como conductas alcohólicas, dependencia o uso de sustancias psicoactivas, carencia de recursos necesarios para dar una vida digna a los menores, y otras situaciones que no deberían incluir las preferencias sexuales de los adoptantes.

La adopción no está, por sí misma, satisfaciendo un derecho constitucional o natural de las personas a adoptar, sino que está satisfaciendo tanto el derecho del niño a crecer y desarrollarse en una familia, como el interés de la sociedad en que las futuras generaciones se desarrollen y sean educadas. (Universidad Austral, 2010). Es por ello, que no existe un derecho a adoptar constitucionalmente consagrado.

Así, como lo exponen algunos catedráticos, entre ellos Carlos Martínez Aguirre de Saldaz, la figura “*Está configurada como una institución de protección de menores necesitados de su integración definitiva en un entorno familiar que permita su desarrollo integral: ese es —hay que subrayar nuevamente— el interés prevalente, al que deben atender tanto la Administración como el Juez*” (Martínez Aguirre de Saldaz, 2007). Deben ser precisamente los jueces o autoridades administrativas quienes determinen en cada caso concreto si las circunstancias en las que el menor

va a crecer al ser adoptado, le permitirán tener una vida digna al lado de una familia.

Es por este motivo que la decisión de adoptar un menor implica la responsabilidad de afrontar en muchas ocasiones las tradiciones y condicionamientos sociales e institucionales. Con todo, es necesario que los debates actuales que versan sobre la adopción homoparental profundicen el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, e incorporen los cambios estructurales de la familia contemporánea, además de identificar los cambios recientes en las normas legales, o en las prácticas de los tribunales, en asuntos que están relacionados con la adopción. (Nusdeo de Oliveira & De Salles, 2006).

### **3. A modo de reflexión: la armonización del principio del interés superior del niño, la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales e intersexuales, y el principio de igualdad como fundamento para aprobar eventualmente la adopción homoparental en Colombia**

El discurso jurídico acerca de la adopción por parte de parejas homosexuales ha tenido por objeto, discutir si la argumentación –a favor o en contra– profundiza el debate sobre el derecho al reconocimiento de la homosexualidad e incorpora los cambios estructurales de la familia contemporánea, además de la identificación de los cambios recientes en las normas legales y prácticas de los tribunales en los asuntos relacionados con la adopción. (Nusdeo de Oliveira & De Salles, 2006)

Frente a los cuatro países objeto de estudio, se concluye inicialmente que las estructuras del Poder Judicial son análogas en cuanto a su forma de organización y respecto a los operadores jurídicos que emiten las decisiones (en este caso, referentes a la adopción de menores por parte de parejas homosexuales).

Además de compartir otras características similares como la base en la supremacía de la Constitución, la prohibición de discriminación y la dignidad humana. De acuerdo con Uprimmy, la presencia de estos elementos, permite establecer que gran parte de los países latinoamericanos comparten entre sus características comunes la conceptualización de los principios ideológicos en la Constitución, denotado este fenómeno como "Constitucionalismo de la diversidad". (Uprimmy, 2011) Se reconocen además (al menos dentro del discurso jurídico introducido en sus leyes y fallos) como Estados que identifican la pluralidad de sus ciudadanos. Al respecto, podemos entonces concluir que México, Argentina y Uruguay han dado un paso mayor en el reconocimiento de la adopción homoparental, a partir de leyes que suprimen la vaguedad de los textos legislativos; Brasil por el contrario se

asemeja más a lo que sucede en nuestro país, donde a través de fallos jurisprudenciales se ha regulado la adopción, siendo algunos de ellos contradictorios y evadiendo incluso introducir razones de fondo que versen sobre algo más que la prohibición de discriminación por la condición de homosexual de sus accionantes. En estos países además se ha aceptado el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como un paso anterior al reconocimiento de la adopción.

Nuestro país se encontraba en un limbo jurídico en ese aspecto, hasta el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, respecto a la posibilidad que las parejas del mismo sexo puedan casarse, cambió este panorama. Es entonces evidente que debe existir una legislación sobre el matrimonio igualitario como base para permitir a su vez la adopción. Ambas discusiones han surgido en varios Estados de la región como estrategias para visibilizar los derechos del colectivo LGBTI, a través de una agenda promovida por los propios movimientos, es decir, ya no responden a las acciones materializadas a través de las ONGs, denominadas “litigio estratégico de incidencia colectiva” o “litigio de interés público”<sup>9</sup>, sino de todos aquellos ciudadanos que consideran que el lenguaje de los derechos bajo la perspectiva de la igualdad es un canal legítimo para el reclamo de sus necesidades. El reconocimiento del matrimonio y adopción homoparental ha sido entonces una iniciativa netamente social.

Las decisiones que versan sobre esta temática, sin embargo, han sido amparadas teniendo en cuenta generalmente, la prohibición de discriminación por la orientación sexual. Poco o nada se ha dicho respecto a los derechos de los menores a hacer parte de una familia, sea esta homosexual o heterosexual, lo cual ha delimitado el

---

<sup>9</sup> Siguiendo a Rodrigo Uprimmy, el término hace referencia al uso del sistema judicial para obtener el reconocimiento o protección de derechos ya reconocidos a poblaciones discriminadas o en situaciones de vulnerabilidad, o para avanzar en la formulación de políticas públicas favorables a estas poblaciones.

debate a la perspectiva de las parejas y las personas homosexuales individualmente consideradas, dejando de lado un aspecto bastante importante. La verdadera pregunta que existe, puede resumirse en los siguientes términos: ¿si se les denegara la adopción a parejas homosexuales en virtud de su orientación sexual, se estaría respetando el interés superior del niño?

Al ser aquel principio que regula y guía la adopción, es menester delimitar su significado. El interés superior del niño es un vocablo contenido a lo largo de la Convención sobre los Derechos del Niño donde refiere, por ejemplo en su artículo 3, inciso 1, que “... *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...*” (Organización de las Naciones Unidas, 2013) estableciendo claramente que será una cuestión central en todas las decisiones que se tomen respecto de los niños. Precisamente, es a la luz de este principio básico en materia de derechos de infancia y adolescencia, que debería ampliarse el abanico de formas de organización familiar; esta ampliación debe comprender a las parejas del mismo sexo, siguiendo los tradicionales argumentos que se han introducido.

Es esencialmente el principio del interés superior del menor el que justifica la aceptación de diversos modelos de familia, que se encarguen de brindar la crianza y cuidado necesario a millones de niños que día a día se encuentran a la deriva, toda vez que la adopción no recae sobre los padres adoptantes, sino especialmente sobre el menor adoptado; no existe derecho a adoptar expresamente consagrado, existe, si, el derecho de los menores a ser adoptados y convivir en un ambiente de respeto y tolerancia; de esta manera, el discurso jurídico sobre la adopción homoparental debe versar, inicialmente, sobre la posibilidad que los menores

puedan hacer parte de una familia y desarrollarse plenamente en un entorno de hogar.

Por este motivo, se evidencia una redefinición en el concepto tradicional de familia, en razón de la necesidad de ampliarlo en el escenario moderno; este es un argumento recurrente en todas las producciones jurídicas y dogmáticas analizadas en el presente escrito, lo que denota una clara preocupación por parte de la literatura científica en presentar posiciones menos herméticas y más congruentes con las transformaciones de la sociedad y los contextos actuales de la parentalidad y la crianza de menores.

En el caso colombiano, antes del año 2007, el juez constitucional se había basado en una concepción restrictiva del concepto de familia, entendido como la unión entre un hombre y una mujer, por lo que las parejas del mismo sexo no habían sido reconocidas dentro de este ámbito de protección, el cual se había limitado a entender el tenor literal del artículo 42 contenido en la Constitución Política.

De esta manera, toda disposición que estableciera un trato diferente entre las parejas homosexuales y heterosexuales, era considerado conforme a la constitución y no debía ser sometido a un estricto test de constitucionalidad. En esta primera etapa jurisprudencial, la Corte no reconoció la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo como familia.

Posteriormente, la Corte rompe con la misma uniformidad, y comienza a dar alcances distintos a los conceptos que el artículo 42 de la Constitución presenta respecto a la fundación nuclear de la familia, dando el paso a que las prácticas homosexuales de una pareja se asimilen completamente, en lo que les pueda corresponder, a las consecuencias jurídicas que tienen las uniones heterosexuales

que consiguen fundar un vínculo familiar por el compromiso responsable y ante las dinámicas de existencia del amor que se manifiestan, incluyendo la apertura a una comunidad doméstica de crianza y solidaridad. La Corte asume un nuevo protagonismo bajo el supuesto de que, siendo guardiana de la Constitución, y en su deber de interpretarla, muestra cómo debe haber una especial protección por parte del Estado a la decisión soberana y responsable de conformar una familia por parte de las parejas homosexuales. (Machado Jiménez, 2014).

Sin embargo, la adopción por parte de las parejas del mismo sexo, desde un punto de vista jurídico, tuvo que afrontar un obstáculo más; existen diversas líneas jurisprudenciales progresistas en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales individualmente consideradas, y a otras lo bastante conservadoras en la protección a las parejas que han sido creadas a través de estos vínculos. Con todo, la decisión de la Corte Constitucional en su sentencia su 617 de 2014 supone un hito en el reconocimiento de la adopción homoparental en el país; los argumentos introducidos, por el contrario, generan ciertas dudas sobre la manera en la que Corte decide sus fallos, amparando los derechos de los accionantes, pero, como en muchas otras ocasiones, eludiendo introducir argumentos que versen sobre la protección de los derechos objeto de demanda, y no sobre situaciones fácticas de los accionantes.

Luego de realizar un recorrido por la jurisprudencia colombiana, se concluye que a la luz de la Constitución Política, la cual debe promover la protección de los derechos fundamentales de las personas, y especialmente en este caso, los derechos de la comunidad LGTBI, la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta y como órgano encargado de la protección de esos derechos fundamentales ha buscado por medio de diferentes pronunciamientos acabar con la discriminación y la falta de protección que existe por parte del Estado

y de la sociedad en general hacia esta comunidad.

De este modo, a falta de protección legislativa que se le brinde a la comunidad LGTBI ha sido tarea de la Corte hacer el reconocimiento de muchos de los derechos por medio múltiples de fallos, y en ocasiones hace exhortaciones al Congreso de la República para que legisle sobre los debates en cuestión. A lo largo de este proceso, como se evidencia en el recorrido realizado en la jurisprudencia, en sus diversos pronunciamientos, la Corte hizo el reconocimiento de muchos derechos fundamentales, pero a su vez se negaron algunos, que fueron reconocidos posteriormente, de la misma manera, en sus decisiones se evidencia que no se hizo pronunciamiento alguno de los derechos solicitados.

De los derechos que le han sido reconocidos a la comunidad LGTBI, se le atribuye a la Corte uno de los logros más importantes perseguidos por las parejas del mismo sexo, la posibilidad de adoptar hijos. Aunque este protagonismo no es solo de la Corte, es muy importante resaltar que gracias a sus pronunciamientos se ha alcanzado el mismo, toda vez que el legislador ha sido renuente al reconocimiento de este derecho que no solo es beneficioso para las parejas homosexuales sino que es una gran oportunidad para los miles de niñas, niños y adolescentes que esperan ansiosos pertenecer y crecer en una familia.

Aunque estos reconocimientos son fundamentales y válidos en nuestro ordenamiento jurídico para superar la desigualdad que existía entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a la adopción de hijos, es preciso que el órgano legislativo se ponga al frente de la situación y legisle todo lo referente a adopción incluyendo a las parejas del mismo sexo, de la misma manera, es su obligación hacer las modificaciones a todas las normas vigente sobre esta institución y así terminar con cualquier tipo de impedimento que pueda presentarse

en la aplicación de la sentencia en la que la Corte Constitucional permite a estas parejas adoptar.

La Corte Constitucional ha sido aún tímida en sus decisiones, concediendo el amparo de los derechos de las parejas homosexuales, pero guardando sobre silencio sobre otros factores realmente importantes en el debate, como son la del concepto de familia en la sociedad colombiana, el interés superior del menor y la posibilidad de ser parte de una familia, incluso los nuevos factores reales de poder que imperan en nuestra sociedad; parece que sus argumentos han partido de la base de los derechos de las personas homosexuales individualmente considerados y no de la posibilidad que también tienen los menores formar una familia, incluso cuando ya las investigaciones científicas demuestran que no existen riesgos mayores a los que podría enfrentarse un menor si es adoptado por una pareja homosexual a los que existen si esa familia es heterosexual.

El debate sobre la adopción homoparental en el continente, y especialmente en Colombia está lejos de terminar. La familia nuclear como tradición occidental está tornándose cada vez más una minoría. Sin embargo, la idea de esta clase de familias formadas a partir del matrimonio heterosexual y monogámico aún figura como norma instalada en el imaginario colectivo, siendo las diversas configuraciones familiares generalmente clasificadas a partir de esta referencia. Las entidades familiares reconocidas dentro de los diversos ordenamientos jurídicos del continente, son meramente enunciativos, que no permiten excluir cualquier otra relación que figure dentro del ámbito de afectividad y efectividad. La jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, coinciden al afirmar que no puede obviarse que son los intereses de los adoptados, y no los de los adoptantes, los que deben de guiar el espíritu de toda ley de adopción. Es precisamente esta la razón por la cual la Convención de los Derechos del Niño señala que “*Los Estados Partes que*

*reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial".* Muchos otros asuntos quedan aún sobre el tintero, la discusión está lejos de terminar, pero es lo suficientemente valioso enfrentar a través del discurso jurídico sobre la protección de los derechos humanos y el bienestar de todos los menores del país y el continente, un tema que requiere ser legislado (aquí, y ahora).

## Bibliografía

- A, R. (2000). La dimensión cultura, base para el desarrollo de América Latina y el Caribe: desde la solidaridad hasta la integración. *Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Integración y Programas Regionales*, 17-28.
- Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 16 de agosto de 2010).
- Amparo en revisión 581/2012 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 05 de diciembre de 2012).
- Cifuentes, R. (2011). *Diseño de proyectos de investigación cualitativa*. Buenos Aires: Noveduc.
- Cillero Bruñol, M. (1994). Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Uruguay. *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Uruguay. Instituto Interamericano del Niño*, 75-138.
- Clavero Lerena, M. (2014). Adopción Homoparental: un estudio sobre la construcción de deseo de hijo en parejas gay. Montevideo, Uruguay.
- Clérico, L. (2013). El caso Atala de la Corte IDH: posibilidades y perspectivas. . *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 81-101.
- Comisión de de Derechos Humanos del Estado de Campeche, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 (Magistrada Ponente Margarita Beatriz Luna Ramos 2014).
- Congreso Constitucional del Estado de Colima, Decreto 103 (11 de junio de 2016).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-617/2014 (Magistrado Ponente DR. Luis Guillermo Guerrero Pérez 28 de agosto de 2014).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia T 290/95 (Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Diaz 5 de julio de 1995).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia C 098/1996 (Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz 7 de marzo de 1996).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia C 802/09 (Magistrado Ponente DR. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo 10 de noviembre de 2009).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia C 577/11 (Magistrado Ponente DR. Gabriel Eduardo

- Mendoza Martelo 26 de julio de 2011).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-276/12 (Magistrado Ponente DR. Jose Ignacio Pretelt Chaljub 11 de abril de 2012).
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-683/15 (Magistrado Ponente DR. Jorge Iván Palacio Palacio 4 de noviembre de 2015).
- De salles, C., & De Oliveira Nusdeo, A. (2009). Adopción por homosexuales: el discurso jurídico. . *SELA. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*.
- Federación Española de Sociedades de Sexología. (2005). Comunicado. Postura Oficial de la Federación Española de Sociedades de Sexología (FESS) Sobre el matrimonio y la adopción por parejas homisexuales. 45-50.
- Gómez Mazo, D., & Velázquez Ocampo, O. P. (2012). La adopción de niños por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias: un análisis desde el interés superior del niño y la perspectiva del adoptante. *Universidad EAFIT*, 1-111.
- Gonçalves Paraviso, I. (2012). Adoção por homossexuais. *Curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da Fundação Aprender – Varginha*.
- Juzgado Civil, Comercial y Minas N°10 de Mendoza, Adopción y Homoparentalidad (20 de octubre de 1998).
- Kochhann Scheeren, C., & Hahn, N. B. (2016). ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL. *Anais do Congresso Estadual de Teologia*, 1-13.
- Machado Jiménez, J. (2014). La transformación del concepto constitucional de familia. Alcances de una problemática teórica. . *Dikaion*, 93-133.
- Martínez Aguirre de Saldaz, C. (2007). La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial. *Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunido. EDERSA*, 3-32.
- Martínez Rey, F. (2014). Caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Atala Riffo y Niñas contra Chile" (24 de febrero de 2012). *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, 237-249.
- Nofal, L. (2010). Adopción homparental: derechos LGT a la adopción. *Departamento de investigaciones de la Universidad de Belgrano*.

- Nusdeo de Oliveira, A., & De Salles, C. (2006). Adopción por homosexuales: el discurso jurídico. *Revista de Direito Universidade de São Paulo*, 22-34.
- Ordóñez Daza, S., & Valencia Valencia, M. C. (2012). Adopción por parejas homosexuales: realidad social hacia el reconocimiento judicial. *Universidad ICESI*.
- Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una condición primordial*.
- Pizzorusso, A. (1987). *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Silva Cecílio, M., Scorsolini-Comin, F., & Antônio dos Santos, M. (2013). Produção científica sobre adoção por casais homossexuais no contexto brasileiro. *Estudos de Psicologia*, 503-516.
- Universidad Austral. (2010). Matrimonio homosexual y adopción de parejas del mismo sexo. . *Informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países*, 1-176.
- Uprimmy, R. (2011). *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: en G.C.R. El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.