

ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN COLOMBIA

JUAN CAMILO QUINTERO GÓMEZ

Trabajo de grado como requisito para optar al
Título de Abogado

Asesor:

Juan Felipe Hernández Giraldo

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

Dr. JUAN FELIPE HERNÁNDEZ GIRALDO

Certifica haber dirigido y revisado prolijamente cada uno de los capítulos del trabajo de grado: realizada por el estudiante del pregrado en Derecho; Juan Camilo Quintero Gómez.

Certifico el nivel de independencia y creatividad así como la disciplina en el cumplimiento de su plan de trabajo. Por lo tanto por cumplir con los requisitos establecidos autorizo su presentación.

Medellín, agosto de 2015

Dr. Juan Felipe Hernández Giraldo

*Dedicado a quien dirige cada uno de nuestros pasos,
a quien nos acompaña guía y protege,
a quien a diario le pido "Hágase tu voluntad".*

Jesús

Dedicado también a mi padre Jesús Antonio Quintero Villa (Q.E.P.D.)

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. ESTADO DEL ARTE.....	8
2. MARCO TEÓRICO	11
3. AMPLIACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	21
4. HIPÓTESIS APLICABLES A LA INVESTIGACIÓN	25
5. REFERENTE LEGAL.....	26
5.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA	26
5.2 LA ADOPCIÓN DESDE LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL HASTA LA LEY 140 DE 1960.....	28
5.3 LA LEY 140 DE 1960.....	30
5.4 LA LEY 5º DE 1975.....	31
5.5 LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (LEY 1098 DE 2006).....	32
6. LA ADOPCIÓN	33
6.1 NOCIÓN DE ADOPCIÓN.....	33
6.2 LA ADOPCIÓN COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN DEL MENOR.....	33
7. CLASES DE ADOPCIÓN.....	36
7.1 ADOPCIÓN PLENA Y ADOPCIÓN SIMPLE.....	36
8. LEGITIMACIÓN ADOPTIVA	38
9. LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA.....	40
9.1 DEFINICIÓN	40
9.2 AUTORIDAD CENTRAL EN MATERIA DE ADOPCIÓN	40

9.3 PROCEDENCIA DE LA ADOPCIÓN	40
9.3.1 Adopción de menores.	40
9.3.2 Adopción de mayores.	41
9.3.3 Adopción de niño, niña, o adolescente indígena.....	41
9.4 DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD	41
9.5 HOMOLOGACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD Y EFECTOS JURÍDICOS DE ESTA	42
9.6 EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN	42
9.7 CONSENTIMIENTO	43
9.8 REQUISITOS PARA ADOPTAR.....	44
9.9 ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....	45
9.10 PROGRAMA DE ADOPCIÓN	45
9.11 PROHIBICIÓN DE PAGO	46
9.12 RESERVA.....	46
10. LA FAMILIA.....	48
10.1 LA FAMILIA EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO	48
10.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA.....	48
10.3 LA FAMILIA COMO ORGANISMO JURÍDICO	49
10.4 LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN.....	49
10.5 DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SOCIOLOGÍA.....	50
11. ORIGEN DE LA FAMILIA.....	51
12. REGLAMENTACIÓN LEGAL DE LA FAMILIA EN COLOMBIA.....	54
13. DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....	56
14. CONCEPTO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	57

15. IMPORTANCIA SOCIAL DE LA FAMILIA.....	59
16. NATURALEZA DEL DERECHO DE LA FAMILIA	61
17. DERECHO DE LOS MENORES.....	63
18. LA FAMILIA HOMOPARENTAL.....	64
18.1 LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES COMO OBJETO DE ESTUDIO	64
18.2 DEFINICIÓN DE FAMILIA HOMOPARENTAL	64
19. RESPUESTA AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	68
20. CONCLUSIONES	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71
ANEXO (ANTEPROYECTO)	72

1. ESTADO DEL ARTE

Sin duda alguna con la Ley 1098 de 2006 Colombia tuvo un gran logro y acierto, colocándose al día con la legislación internacional en materia de derechos de la niñez, tiene como finalidad, este código garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de una familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalciendo el reconocimiento a la igualdad y a la dignidad humana, sin discriminación alguna. Estableciendo normas sustantivas y procesales que buscan la protección integral a los niños, niñas y adolescentes con el fin de garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades; resaltando que establece la corresponsabilidad entre el Estado, como garante de los derechos; la sociedad, y todos sus miembros, quienes tienen la obligación de conocer y respetar e incluso denunciar la violación de estos derechos; y la familia, quien tiene la responsabilidad de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad entre todos sus miembros; proteger contra cualquier acto que amenace o vulnere la vida, la dignidad o integridad de niños, niñas y adolescentes; y formar, orientar y estimular a esta población en el ejercicio de sus derechos. Recordemos que en la vigencia del Decreto 2737 de 1989, no se tenía una finalidad expresa, esta legislación solo reglamentaba situaciones irregulares a partir de las cuales el estado dictaba medidas de protección, dejando por fuera graves violaciones a los derechos de la niñez.

Al tratar el tema de la adopción, en la ley y el decreto ya mencionados, no hay un cambio significativo en cuanto al proceso que reglamenta la Adopción, debido a que con la aprobación de la Ley 1068 de 2006 no se modificó, sino que por el contrario siguió siendo igual al que ya se traía, exceptuando que se prohibió en esta legislación vigente, las donaciones como retribución por la entrega de niños, niñas o adolescentes, en adopción. Es así, como esta institución sigue siendo de

gran importancia en el transcurrir de los tiempos donde la guerra, la violencia, la pobreza, las madres y padres irresponsables o abusadores, dejan un sin número de niños, niñas y adolescentes carentes de familia, donde la adopción se convierte en un nuevo rumbo de oportunidades que pretende materializar el derecho del menor a tener una familia , esto dado por la especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, se hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y preelevancia de sus derechos sobre los demás.

Con Constitución Política de 1991 se creó en Colombia un Estado Social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, que en Artículo 42 se refiere a un derecho fundamental en el cual se define “La familia como núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”¹.

Entendiendo que hay en nuestra sociedad dos formas de constituir una familia: i) Un modo religioso de forma matrimonial que es dar sus votos o un modo civil de este mismo el cual únicamente tiene efectos jurídicos como un contrato o una convención; ii) la voluntad responsable del hombre y la mujer que deciden conformarla, en el cumplimiento de las obligaciones y derechos correlativos.

Hay que comprender que la familia creada por la Constitución Política de Colombia, ha tenido cambios contemporáneos en nuestra sociedad y aunque aún no son reconocidos, se trata de que en muchos casos la familia no solo se compone por los miembros establecidos, sino que también lo hace de diversas formas e incluso se hace extensa a los abuelos, nietos, primos etc. Tratándose de reconocer derechos que se están discutiendo en este momento en tribunales y Corte Constitucional, entre los cuales entra a tomar parte los derechos de las

¹ Constitución Política de Colombia 1991 art. 41

parejas homoparentales, los cuales se le han venido reconociendo en nuestra Legislación, pero que continúan algunos en una ardua lucha, para llegar a hacer una sociedad sin distinciones y desigualdades.

Para resolver el asunto, debemos estudiar ante todo la jurisprudencia nacional a fin de dirimir el controversial y actual tema; lo anterior sin dejar de lado el interés superior del niño, de protección y preelevancia de sus derechos sobre aquellos de los demás, que constituye la base del desarrollo y lograr así, determinar lo pertinente a la comprensión del asunto para determinar si con la adopción por parte de parejas del mismo sexo se está afectando o no este interés superior del menor. Así mismo, resulta necesario incursionar en las opiniones del entorno a saber si nuestra sociedad está o no preparada en este momento para que las parejas del mismo sexo adopten, ya que de no serlo, con dicha argumentación se pretende aguardar al momento más oportuno para hacer un cambio trascendental en nuestro país.

2. MARCO TEÓRICO

Como se mencionó anteriormente Ley 1098 de 2006 tiene como finalidad, este código “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de una familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalciendo el reconocimiento a la igualdad y a la dignidad humana, sin discriminación alguna.”²

Colombia era el único país de América Latina que no había actualizado su legislación de acuerdo con los mandatos de la Convención de los Derechos del Niño, y a los demás tratados, convenios, pactos y protocolos internacionales que ha ratificado el Estado, a pesar de las insistentes y permanentes recomendaciones internacionales. Y porque a pesar del mandato constitucional, el Estado, la sociedad y la familia aún no habían comprendido la importancia que supone reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y los compromisos que eso conlleva.

Con la Constitución Política de 1991, el decreto 2737 de 1989, las leyes 57 de 1887, 140 de 1960, 5 de 1975, 1068 del 2006, la ley 54 de 1990 y el comunicado de la Sentencia C- 071 del 18 de febrero de 2015, se ha ido evolucionando frente al tratamiento de la adopción y en los derechos que a ésta le asiste, acoplando nuestra legislación a las tendencias modernas que pretenden reconocer la importancia de una protección especial de forma física mental, moral, espiritual, y social en las condiciones del menor; donde, el bloque de Constitucionalidad habla sobre unos principios de interés superior contenidos en la Carta y en diversos instrumentos internacionales como la declaración universal de los derechos de los niños .

² Ley 1098 de 2006 ley de infancia y adolescencia

Con la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional, sobre la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar; derecho ya ha sido reconocido legislativamente o por vía jurisprudencial en más de 19 países como lo son: Canadá, Reino Unido, Suecia, España, Islandia, Uruguay, Argentina, Brasil, entre otros más. Colombia todavía no lo ha hecho de una manera clara y directa, ni en la ley ni en la jurisprudencia.

La demanda presentada ante la Corte tuvo como finalidad buscar una interpretación de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 que diera vía libre a la adopción paritaria por parte de las parejas del mismo sexo en el reconocimiento de su derecho a la igualdad (art. 13 C.P), de los niños a tener una familia y no ser separados de ésta (art. 44 C.P) y, sobre todo, que en los fundamentos de la Corte se tuviera en cuenta el principio general de la prevalencia del interés superior del niño.

Ahora bien, en nuestro país jurisprudencialmente se empezó desde hace varios años a reconocer derechos de las parejas heterosexuales a las homosexuales, en el año 2002, se le reconoce por primera vez el derecho de visita íntima de una pareja del mismo sexo en una cárcel; para el 2007 la Corte Constitucional declaró por medio de la Sentencia C-075, que la Ley 54 de 1990 vulneraba los derechos humanos de las parejas del mismo sexo, por lo que se aprobó la unión marital de hecho entre homosexuales, a lo cual se estableció que para que cobrara vigencia la pareja debería de llevar por lo menos dos años de convivencia y con esto también se les reconoció algunos derechos patrimoniales de la pareja como: el derecho a afiliarse conjuntamente al sistema de seguridad social en salud; de acuerdo con la norma, se les otorgo también el derecho a que el compañero sobreviviente sea quien reciba la pensión, mediante la Sentencia C-577 de julio de 2011, la Corte afirmó que la pareja homosexual conforma familia, y como tal merece la debida protección por parte del Estado, legislando también acerca del matrimonio igualitario, que aún no existe en Colombia, pero lo que si pueden hacer

estas parejas es formalizar y solemnizar su vínculo contractual ante un notario o juez. Convirtiéndose así, Colombia el cuarto país latinoamericano en permitir el matrimonio igualitario, después de Argentina, Uruguay y Brasil, lo que puede significar ventaja respecto al promedio de países con características similares: en vía de desarrollo y conservadores desde el punto de vista religioso. Se le reconoce el derecho a la pareja homosexual a conformar familia y como tal merece protección por parte del Estado, abriendo paso al reconocimiento de los derechos plenos a las familias homoparentales; Derecho a la adopción conjunta, Se les reconoce a las parejas del mismo sexo adoptar, cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

Para resolver el asunto, debemos estudiar la jurisprudencia nacional a fin de dirimir el controversial y actual tema; acudiendo también a las teorías sobre el tema, como las encaminadas a resolver si los niños, niñas y adolescentes adoptados o en custodia de hogares de acogida presentan una mayor frecuencia de problemas psicológicos y de conducta que los niños y niñas de la población en general y si padecen, además, la tensión propia por las intervenciones oficiales necesarias, es decir, el contacto con cuidadores e instituciones de adopción y adaptación a nueva familia y su entorno. Por ello, las autoridades tienen la obligación de eliminar cualquier riesgo adicional de factores estresantes, de fuentes de inestabilidad familiar o de privaciones evitables.

La evidencia científica que señala que “el entorno educativo óptimo para niños y niñas es el de una pareja heterosexual establemente comprometida en el matrimonio es abrumadora. Por otra parte, hay dudas razonables, basadas en estudios científicos, que cuestionan seriamente la idoneidad de las parejas del mismo sexo para adoptar niños y niñas. Entre los factores más frecuentemente encontrados podemos señalar problemas de salud mental, como la ansiedad y la depresión, la inestabilidad de las relaciones homosexuales y los estilos de vida más arriesgados como, por ejemplo, el mayor abuso de sustancias. No existe

ningún estudio suficientemente amplio y satisfactoriamente realizado desde el punto de vista metodológico que avale la inocuidad, o al menos la indiferencia, de la adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo con respecto a parejas heterosexuales establemente comprometidas en el matrimonio. Por el contrario, existen estudios aceptablemente diseñados que indican que los niños y niñas criados por personas del mismo sexo presentan peores valores en diferentes indicadores de salud o sociabilidad. Antes de aprobar leyes que involucren a los niños, lo más prudente sería seguir estudiando esta cuestión para esclarecerla más. Evidentemente, esta opinión no se basa en una obsesión «anti-homosexualidad» y no hay que perder de vista que tampoco sería la mejor opción para los niños y niñas, que les adoptaran heterosexuales promiscuos, con adicciones, una persona violenta o una persona menor de edad. En la actualidad, hay largas listas de espera de parejas estables que reúnen mejores condiciones que las personas descritas anteriormente. Estamos hablando, de hecho, del problema de la idoneidad para ser padres adoptivos y este debate debería afrontarse sin dejar de lado los datos científicos disponibles al respecto. Se trata, en definitiva, de buscar siempre la mejor opción disponible para estos niños. Para la mayoría de nosotros, nuestra realidad ha sido el tener un padre y una madre y a pesar de que muchos hayan tenido la suerte de lograr salir adelante faltando uno de los dos o ambos, no parece prudente que la experiencia milenaria de construir de este modo con éxito la familia humana se eche abajo mediante nuevas leyes que no tienen en cuenta ni la experiencia pasada ni los datos científicos que corroboran su éxito”³.

Es posible que algunos argumenten que una pareja concreta de personas con sentimientos o actividad homosexual pueda, en ciertas circunstancias, ofrecer a los niños y niñas una función parental satisfactoria o equivalente. Aunque esto se pudiera demostrar empíricamente, sería más bien una excepción y no lo habitual.

³ DE IRALA, Jokin; LÓPEZ DEL BURGO, Cristina Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias Cuadernos de Bioética, vol. XVII, núm. 3, septiembre-diciembre, 2006, pp. 377-389 Asociación Española de Bioética y Ética Médica Murcia, España

No hay que olvidar que la promiscuidad se describe más como la norma que la excepción en la homosexualidad, hasta el punto que algunos autores la consideran más bien intrínseca a la homosexualidad. Por lo tanto, poner a un niño o una niña en esta situación seguiría planteando el problema de exponerlos al riesgo de una mayor inestabilidad de la pareja y a la privación de los beneficios de tener un padre y una madre, situaciones que son inherentes a un hogar de adultos con actividad homosexual. Además, se podría argumentar, por analogía, que una pareja de jóvenes recién casados con 18 años, o un hombre de 95 años pudieran constituir también equivalentes parentales satisfactorios para un niño que necesita ser acogido.

Debemos mirar que la sentencia su-617/14 que esto fue un punto de avance de la corte donde considera Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, esta corte concluyó 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 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, sin embargo, los riesgos inherentes a la estructura de estos hogares justificarían las leyes que prohibiesen estas adopciones.

La exclusión de parejas con actividad homosexual no se hace en función de un deseo de discriminación contra un grupo de personas sino basándose en que la estructura inherente de su hogar supondría una desventaja indebida, un factor estresante adicional y un perjuicio a los niños y niñas adoptados que solamente se puede evitar denegándoles la posibilidad de adoptar, hay que mirar y estar de partes de los niños que no son capaces de racionalizar estas cuestiones por su

edad y estado debe defender los interés de ellos ya que ellos hacen parte de una comunidad y de un país , y que en unos años serán el futuro.

Estos son los datos estadísticos sobre la adopción de parejas homosexuales en América del sur y que vienen siendo una muestra contemporánea de estos derechos, de los cuales hacen parte tanto los menores como también las parejas homosexuales:

América del Sur

Derechos LGBT en:	<u>Adopción de parte de homosexuales</u>
<u>Argentina</u>	Sí desde julio de 2010.
<u>Bolivia</u>	NO
<u>Brasil</u>	Legal (desde 2010).
<u>Chile</u>	Personas solteras pueden adoptar.
<u>Colombia</u>	Personas solteras pueden adoptar. Se puede adoptar solo si uno de los miembros de la pareja es el padre o madre biológica del menor.
<u>Ecuador</u>	NO Prohibido constitucionalmente
<u>Paraguay</u>	NO
<u>Perú</u>	NO
<u>Uruguay</u>	Sí Desde 2009
<u>Venezuela</u>	Sólo adopción individual

(Fuente: Elaboración Propia)

Sobre la regulación de la adopción de menores en Colombia la adopción se encuentra en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006. Se define como "principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza"⁴.

La adopción es un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia y, por ello, toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás la finalidad de la adopción es el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello conlleva ya que, en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

La adopción tiene dos etapas la primera es administrativa se surte ante el ICBF y en ella se declara adoptable al niño, la segunda es judicial es decretada a través de sentencia judicial en los juzgados de familia, y debidamente ejecutoriada establece la relación paterno filial. Los lineamientos técnicos se constituyen en una herramienta por medio de la cual el ICBF tiene la posibilidad de seleccionar las familias que garanticen un hogar estable y seguro para el desarrollo armónico del niño. El código civil habla sobre la adopción y es el prohijamiento como hijo legítimo de quien no lo es por naturaleza. No se acepta que alguien sea prohijado como natural.

La adopción consiste en el establecimiento de un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado. Es lo que se denomina parentesco civil.

⁴ 1098 de 2006, ley de infancia y adolescencia artículo 61.

Actualmente y según el Código del Menor, la adopción es principalmente y por excelencia una medida de protección (art.88) Vale decir, que con la adopción el Estado Social de Derecho pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

El artículo 269 del Código Civil define la adopción como el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no es por naturaleza, El artículo 42 de la Constitución Política establece que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer, de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"⁵. En este sentido La Corte Constitucional en sentencia C-577 de 2011.

Por esta razón, si bien existe en Colombia una comprensión amplia del concepto de familia, se considera inviable jurídicamente tramitar adopciones a parejas del mismo sexo, toda vez que, rigen para el ICBF las leyes vigentes y el artículo 42 de la Constitución Política, por las cuales hay una imposibilidad de que las parejas del mismo sexo adopten.

Respecto a la sociedad patrimonial de hecho regulada por la ley 54 de 1990 modificada por la ley 797 de 2005 la Corte se ha pronunciado en a través de sus jurisprudencias en las cuales extiende los derechos patrimoniales que surgen de la sociedad patrimonial de hecho a las parejas del mismo sexo; también la Corte a establecido que se entiende también unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo. Respecto al tema están las sentencias C-521 y C-811 de 2007.

⁵ Constitución política de Colombia art 42

En la sentencia C-075 de 2005 la Corte Constitucional declara la exequibilidad de la ley 54 de 1990 bajo el entendido de que el régimen de protección establecido en dicha ley también se aplica a las parejas homosexuales

Dice la Sentencia C-238/12 sobre Estima que la privación de los derechos herencia les al compañero o compañera permanente impide asegurar la vigencia de un orden justo y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares e indica que el deber de amparar a la familia como institución básica de la sociedad, previsto en el artículo 5 superior, impone permitir que las personas que conforman una familia por unión marital de hecho, incluidas las parejas del mismo sexo gocen de derechos herenciales.

Señala que el derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 13 de la Carta que, según el artículo 85, es de aplicación inmediata, resulta vulnerado por la privación de los derechos herenciales a quienes conforman la unión de hecho, sean de distinto sexo o del mismo sexo, lo que, además, constituye discriminación por razón del origen familiar.

Agrega que la situación reseñada desconoce la protección que, en los términos del artículo 42 de la Constitución se debe brindar a la familia, dado que, según la jurisprudencia constitucional hay derechos, garantías y cargas susceptibles de asimilación, lo que tiene especial relevancia en el ámbito patrimonial.

En ejercicio de sus competencias, la Corporación le ha brindado protección a las parejas del mismo sexo y primordialmente lo ha hecho con base en los derechos, garantías u obligaciones que previamente ha reconocido a las parejas de heterosexuales que conviven en unión de hecho. Así por ejemplo, la Corte declaró exequible la Ley 54 de 1990, relativa a las uniones maritales de hecho y al régimen patrimonial de los compañeros permanentes, con las modificaciones

hechas por la Ley 979 de 2005 en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

3. AMPLIACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el contexto legal colombiano la adopción homoparental ha tratado de lograr una evolución, pasando de ser un tema ignorado y hasta censurado a constituir un gran debate que la día de hoy se trata de resolver en las altas cortes, en las que se ha llegado a pensar que “considerar que las parejas homosexuales puedan celebrar matrimonios que en algunas culturas es el origen ideal de familia , es condenar a la humanidad a su extinción y auspiciar el más eficaz medio de control natal puesto que estas parejas son por naturaleza insuperables infértiles”⁶⁶ y entre los cual también hay conceptos con los que se pretende permitir a los menores sin hogar ser adoptados por cualquier tipo de familia, incluyendo las parejas homosexuales considerando así verdaderamente que lo que debe primar en realidad es el interés superior de los niños , niñas y los adolescentes, aunque en la Constitución política de 1991 no haya una posibilidad que las parejas del mismo sexo puedan construir familia y menos adoptar se sostiene el debate que se lleva en la actualidad mencionando que si la Corte repiensa el verdadera significado del art 42 de la carta no puede sino concluir que las parejas del mismo sexo podrían ser familia diversa, atípica, en nada semejante a la formada en matrimonio ceremonia o matrimonio consensual; considerando que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa en general, y por parejas del mismo sexo en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor, ni compromete su manera negativa su salud física y mental o su desarrollo integral”. De acuerdo con el magistrado Jorge Iván Palacio, esto concluye “las experiencias recogidas con el derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y fallos de tribunales internacionales donde siempre se ha tenido encuentra la

⁶⁶ DE IRALA, Jokin; LÓPEZ DEL BURGO, Cristina Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias Cuadernos de Bioética, vol. XVII, núm. 3, septiembre-diciembre, 2006, pp. 377-389 Asociación Española de Bioética y Ética Médica Murcia, España

primacía de los derechos de los menores y la evidencia probatoria debidamente acopiada”⁷.

En fin, un sin número de conceptos y actuaciones que constituyen elementos suficientes de juicio para considerar que dentro del proceso de adopción sería viable la adopción homoparental en Colombia.

Para entender bien la posición que asumimos en el presente ensayo, es necesario hacer un recorrido histórico de la jurisprudencia Nacional que aborda el tema de la adopción homoparental en Colombia, lo que permite visualizar la realidad que desborda la norma.

Dentro del recuento jurisprudencial citamos las siguientes sentencias:

Sentencia C-562 de 1995: La adopción es principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual , bajo la suprema vigilancia del estado, establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

Sentencia C -075 del 2007: La Corte declara la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, esto es, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales, en donde se extendieron los efectos patrimoniales de las parejas de hecho heterosexuales a las homosexuales, indicando que dicha regulación era abiertamente discriminatoria, por último se reconoció a la parejas del mismo sexo los derecho a la seguridad social, a conforma la unión marital del hecho y adquirir la pensión de sobreviviente.

⁷ Corte constitucional magistrado ponente Jorge Iván Palacio C - 071 del 2015.

Sentencia C-577 de 2011: Donde circunscribe el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer, y que tácitamente excluye que tal institución pueda estar conformada por dos personas del mismo sexo pero exhorto al congreso para legisle de manera integral y sistemática sobre los derechos de la parejas del mismo sexo.

Tutela T- 276 de 24 de mayo 2012: En este fallo el alto tribunal avalo la adopción de dos menores de edad colombiano por parte del periodista estadounidense CHANDLLER BURR, quien reconoció su condición de homosexual.

Sentencia SU-617 de 2014: en esta sentencia la Corte decidió que la adopción consentida por parejas del mismo sexo no puede ser un impedimento en el proceso administrativo de adopción consentida, mediante amparo constitucional se ordenó a la autoridad administrativa autorizar la adopción de Lakme por parte de Ledora.

Sentencia C-071 del 2015: La Corte declaro exequible apartes de los artículos 64,66, y 68 de la ley 1098 de 2006 y 1º de la ley 54 de 1990 y preciso que las parejas del mismo sexo solo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

En este orden de ideas, la **Sentencia C-071 del 2015**, acoge con mayor preponderancia la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar. Derecho que ya ha sido reconocido legislativamente o por vía jurisprudencial en más de 19 países, Colombia todavía no lo ha hecho de manera clara y directa ni en la ley ni en la jurisprudencia.

La demanda presentada ante la Corte tenía como finalidad buscar la interpretación de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 del 2006y la que viera vía libre a la adopción paritaria por parte de la parejas del mismo sexo en el reconocimiento de

su derecho a la igualdad del que trata el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, de los niños a tener una familia y no ser separados de esta art 44 Constitución Política y sobre todo , que en los fundamentos de la corte se tuvieran en cuenta el principio general de la prevalencia del interés superior del niño.

Teniendo en cuenta lo anterior la Corte tuvo que resolver como problema jurídico principal si el concepto de “compañero permanente” se refiere también a las parejas del mismo sexo o no, y si por consiguiente, podrían a adoptar dichas parejas de manera conjunta o consentida. Aunque el fallo en su integridad no ha salido a la luz pública y se tiene solo el comunicado de prensa, los presupuestos de la sentencia están expuestos en dicho comunicado y se puede analizar si realmente la sentencia constituye un retroceso o avance en materia de derechos fundamentales de las personas del mismo sexo y el interés superior del niño en este tema.

4. HIPÓTESIS APLICABLES A LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta que las hipótesis son un intento de explicación o de una respuesta provisional al fenómeno de estudio. Ello por cuanto su función es concretar el problema objeto de investigación, de acuerdo a los elementos que rodean la misma, es que planteamos las siguientes a considerar:

- Con las decisiones que al día de hoy se ha tomado por las Cortes se podría decir que son regresivas porque a su vez no se resuelven de forma concreta el tema sobre la adopción homoparental en Colombia sino que se han dedicado a resolver casos en particular.
- Debemos entender que no es fácil hablar del tema de la adopción homoparental porque tocamos temas fuertes de nuestra sociedad que está politizada, pero no podemos tapar el sol con un dedo ya que es un tema principal que es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.
- En materia de reconocimiento de derecho de las parejas del mismo sexo, se discrimina entre aquellas parejas homosexuales que tienen un hijo o hija biológica, que si podrían adoptar de manera consentida que aquellas que no.
- Las parejas del mismo sexo son seres homosexuales que han tenido dificultades psicológicas y no podrían adoptar ya que no tienen la suficiente madures para criar a un hijo.
- En la legislación actual, el principio del interés superior constituye el punto central de la adopción y este principio se concreta en el derecho del niño de tener una familia.

5. REFERENTE LEGAL

5.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA

ARTICULO 42. . La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

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

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

ARTICULO 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

En Colombia se pueden distinguir varias etapas:

5.2 LA ADOPCIÓN DESDE LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL HASTA LA LEY 140 DE 1960

Los códigos civiles de varios Estados soberanos, a partir de 1850, acogieron la adopción copiándola de la legislación española. Al expedirse el Código Civil, éste tomó la adopción de Estado Soberano de Cundinamarca.

Se consideraba la adopción como un contrato solemne que se tramitaba con licencia del juez, y se otorgaba escritura pública que debía firmar el adoptante, el adoptado, el juez, el notario y dos testigos, y en caso que el adoptado fuera menor, la persona que hubiese prestado el consentimiento para la adopción; de tal contrato surgía entre el adoptante y el adoptado las relaciones que determinaban la ley.

Las condiciones requeridas por el adoptante eran las siguientes: 1. Que no estuviera bajo poder o dependencia de otra persona (C.C., art. 270). Se excluía a los menores, a los interdictos por demencia, por prodigalidad o por sordomudez. La mujer casada podía adoptar conjuntamente con su marido, o con el consentimiento de éste podía adoptar ella si era mayor de 21 años (C.C., art. 270, 274, 275). 2. El adoptante debía ser mayor de edad. 3. Que el adoptante fuera 15 años mayor que el adoptado. 4. El adoptante no debía tener descendientes legítimos. 5. El adoptante debía ser del mismo sexo del adoptado, pero se permitía la adopción conjunta por conyugues. 6. Para el caso del tutor o curador que quisiera adoptar al pupilo que había estado a su cuidado, se exigía: a) que el pupilo fuera mayor de 18 años, y b) que al guardador se le hubieran aprobado sus cuentas y estuviese a paz y salvo por su administración.

Podía ser adoptado un mayor o un menor, aunque estuviese bajo patria potestad, tutela o curatela. También podía adoptarse a un casado, hombre o mujer, caso este último en el que su consentimiento debía expresarlo su conyugue.

El consentimiento del adoptante se presumía por sus actuaciones y peticiones. Sólo cuando el adoptante estuviera casado, necesitaba el consentimiento de su conyugue. Si el adoptado era mayor y tenía la libre administración de sus bienes, debía él prestar su expreso consentimiento. Si el adoptado era hijo de familia, el consentimiento debía prestarlo sus padres, y en sus defecto sus otros ascendientes. En efecto de estos ascendientes, el consentimiento debía prestarlo su curador general o un curador especial. Si el adoptado estaba bajo guarda, el consentimiento debía prestarlo el guardador.

Para la adopción era necesaria la autorización judicial otorgada por el juez o prefecto del domicilio del adoptado. El juez competente era el civil del circuito. Luego, en la escritura pública se insertaba el permiso del juez; debían suscribirla el juez, el adoptante, el adoptado y, en su caso, la persona que hubiera prestado el consentimiento para la adopción, el notario y dos testigos. La adopción debía registrarse (C.C, art. 349 y 371).

En cuanto a los efectos de la adopción, eran los siguientes:

Generaba parentesco civil entre el adoptante o adoptantes y el adoptado, pero este parentesco no pasaba de las respectivas personas;

Originaba impedimentos, pues era nulo el matrimonio contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que había sido esposa del adoptante;

Padres e hijos adoptivos se debían alimentos necesarios (C.C., art. 411 y 415; El hijo adoptivo menor de 21 años, o la hija adoptiva menor de 18 años, debían pedir permiso a sus padres adoptantes para contraer matrimonio (C.C., art. 116 y 117); El adoptante y el adoptado adquirirían respectivamente los derechos y obligaciones del padre, madre e hijos legítimos. Si el adoptado estaba bajo el poder de tutor o curador, salía de él y quedaba bajo la patria potestad del padre adoptante, o bajo la tutela o curaduría de la madre adoptante, en su caso (art. 281); en materia sucesoria, el art. 282 decía que “El hijo adoptivo puede heredas al padre por testamento en caso de que no haya ascendientes legítimos, y si los hubiere, sólo tendrá derecho a una décima parte de los bienes; pero el adoptante en ningún caso podrá ser heredero del adoptado”⁸. En cuanto a la sucesión del adoptado por el adoptante, el art. 282 del C.C. decía: “El adoptante en ningún caso podría ser heredero del adoptado”⁹.

La opción terminaba por estas causas: a) por revocación; b) por la muerte del adoptante o del adoptado; y c) porque el adoptante tuviera descendencia legítima.

5.3 LA LEY 140 DE 1960

Establecía el art. 270 que para adoptar se quiere que el adoptante se capaz y, por lo menos quince años mayor que el adoptivo.

Se modificó el sistema anterior, así: “No se opone a la adopción el que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos”¹⁰.

⁸ Código civil art. 281

⁹ Código civil art. 282

¹⁰ La ley 140 de 1960 art. 270

5.4 LA LEY 5º DE 1975

Esta Ley Modifico el Título XIII del Libro 1º del Código Civil.

La Ley 5a no definió la adopción y estableció el requisito de ser 15 años el adoptante mayor que el adoptivo. Asimismo, permitió adoptar aun al adoptante que hubiera tenido o llegare a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos, el marido o la mujer podían adoptar conjuntamente, siempre que uno de ellos fuera mayor de 25 años. El conyugue no divorciado podía adoptar pero con el consentimiento del conyugue con quien convivía. No exigía identidad de sexos entre el adoptado y el adoptante. El guardador podía adoptar a su pupilo, pero debía obtener previamente la aprobación de la cuenta de los bienes de éste que hubiere venido administrando. Se requería el consentimiento de los padres del adoptable, ambos o uso de ellos, en caso de faltar alguno, conforme al art. 3º del Decreto 2820 de 1974.

La ley suprimió la escritura pública y en su lugar exigió sentencia judicial. Distinguió entre la adopción simple y adopción plena. En la adopción simple el adoptivo continuaba formando parte de su familia de sangre, conservando en ellas sus derechos y obligaciones. En la adopción plena cesaban para el adoptado sus vínculos con su familia de sangre. Igualmente, la Ley 5a permitió adopción de menores abandonados luego que el defensor de menores hubiera declarado el estado de abandono de un menor y previo el procedimiento previsto en los art. 8º y 9º del Decreto de 1818 de 1964. El hijo adoptivo se igualo al legítimo para los derechos hereditarios en la sucesión del adoptante. El proceso de adopción correspondía a los jueces de menores de 18 años y si eran mayores de esta edad, la competencia era de los jueces civiles del circuito. El defensor de menores actuaba como representante del ministerio público y además del menor.

La sentencia judicial de adopción plena o simple podía ser apelada ante el tribunal superior del distrito judicial respectivo, y una vez en firme debía inscribirse en la oficina de registro del estado civil.

5.5 LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (LEY 1098 DE 2006)

Este código tiene por finalidad, garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

6. LA ADOPCIÓN

6.1 NOCIÓN DE ADOPCIÓN

Nuestro Código Civil está influido por la tradición que sostenía que los conceptos de paternidad y filiación sólo en vínculos de sangre, y que al tolerar la paternidad adoptiva, ésta debía imitar lo más fiel posible la biológica. La adopción es el prohijamiento como hijo de quien no lo es por naturaleza. No se acepta que alguien sea prohijado como natural. La adopción consiste en el establecimiento de un vínculo parentesco entre adoptante y adoptado. Es lo que se denomina parentesco civil. Según Jorge Alberto Rodríguez Carretero, la adopción origina el nacimiento de un conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, que son el padre y madre adoptante y el hijo adoptado. Actualmente no se acepta que la adopción sea una ficción entre personas extrañas y que crea relaciones inherentes a la paternidad y la filiación (Planiol, Colin y Capitant), sino que se considera como una realidad sicológico-social. Se afirma que la adopción es un medio de protección para el menor abandonado y que la paternidad no solo se fundamenta en vínculos de sangre, sino en aspectos morales, sociales y familiares. La adopción ha sido sustancialmente modificada en las legislaciones modernas y estatutos de familia, y se observa la tendencia hacia la legitimación adoptiva. Por otra parte, igualmente se observa la tendencia hacia el establecimiento de tratados públicos para regular la adopción internacional y resolver los conflictos que se presenten por la diversidad de legislaciones que existen en esta materia. La adopción tiene, pues, finalidades espirituales sociales, sicológicas y se le considera como instituto de protección para la niñez abandonada.

6.2 LA ADOPCIÓN COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN DEL MENOR

En los pueblos primitivos la adopción se presentaba cuando los jefes o patriarcas no tenían descendencias; el hijo adoptivo les sucedía en la función religiosa de

rendir culto a los antepasados e invocar a su protección. Con el transcurso del tiempo se concibió la adopción como un de prolongar la estirpe y conservar la riqueza, y en algunos casos se acudió a este instituto como medio de socorrer a los necesitados o solucionar la falta de descendencia. Actualmente, el moderno derecho de menores considera la adopción como una institución de protección al menor que procura dotar de familia a niño que no tiene. Los tratadistas Rafael Sajón y Ubaldino Calvento observan que en materia de adopción existen dos sistemas diferentes: “un grupo de países (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú), que regulan la adopción en general siguiendo los lineamientos de la adopción clásica respondiendo a las siguientes características: 1) predominio de la naturaleza contractual, aun cuando se prevé la intervención judicial para homologar; 2) no existe incorporación del adoptado a su familia adoptiva, quedando subsistentes los vínculos con su familiar natural; 3) posibilidad de mutuo disenso o revocación de la adopción. Otro grupo de países (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Republica Dominicana, Uruguay y Venezuela) junto a la adopción clásica, organizan bajo denominaciones diferentes un tipo de adopción destinada a cumplir en forma más cabal los objetivos actuales de la institución, cual es proteger a la infancia abandonada, mediante su incorporación definitiva a una familia estable. Bajo los nombres de legitimación adoptiva (Brasil, Chile y Uruguay), adopción plena (Argentina, Costa Rica y Venezuela), adopción privilegiada (República Dominicana), o arrogación e hijos (Bolivia), estas legislaciones organizan una forma de adopción que establece un símil con la filiación y reservándola solamente en favor de niños abandonados, huérfanos de padre y madre e hijos de padres desconocidos, es decir, situaciones de menores desamparados. Sus características principales son: 1) naturaleza institucional del vínculo, fundándose el mismo a través de un procedimiento judicial; 2) incorporación definitiva del menor a la nueva familia, asimilándose al hijo nacido de matrimonio; 3) no revocabilidad del vínculo de adopción. Este último sistema consulta los verdaderos objetivos de la institución y es la orientación de la más moderna legislación. La adopción bajo cualquiera de las modalidades

conocidas debería destinarse solamente a menores de corta edad, solución que viene siendo acogida por algunos países (Bolivia, Brasil, Republica Dominicana)”¹¹.

¹¹ KEMERMAJER De CARLUCCI, Aída. LA FAMILIA EN EL NUEVO DERECHO: Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2009. P. 532

7. CLASES DE ADOPCIÓN

7.1 ADOPCIÓN PLENA Y ADOPCIÓN SIMPLE

En muchos Estados se distingue entre adopción plena o legitimación adoptiva, en que la filiación adoptiva se equipara a la filiación legítima; y adopción simple, en que quedan subsistentes los vínculos con la familia natural. La Ley del 4 de julio de 1970 sobre adopción en España, que modificó al Código Civil, estableció la equiparación de la filiación adoptiva a la filiación legítima. Este principio es recogido por las modernas legislaciones: art. 358 del Código Civil francés; art. 314/26 del Código Civil italiano; art. 121 del Código de Familia y de la tutela de la República Popular de Polonia; art. 1979 del nuevo Código Civil portugués. En Colombia, la Ley 5a de 1975 modificó la Ley 140 de 1960, por la cual se había modificado el título XIII del libro 1º del Código Civil que trata de la adopción. La nueva Ley estableció dos clases de adopción:

La adopción plena y la adopción simple.

En la adopción simple solo se establece parentesco entre el adoptante y el adoptivo y los hijos de éste; no se rompe el vínculo con la familia de origen, y se hereda como hijo natural.

En la adopción plena se establece relación de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de éste, se rompe el vínculo con la familia de origen, la adoptada toma apellido de los padres adoptantes y hereda como hijo legítimo.

La Ley 5a de 1975 esta derogada y por tanto no rige.

Es irreversible el proceso doctrinal y legislativo que considera a la adopción como relación jurídica de entidad tal, que ha dado nacimiento a nueva categoría de familia: la familia adoptiva.

El derecho comparado muestra la tendencia a establecer una desvinculación total del adoptado, sobre todo cuando es menor de edad, con su familia por naturaleza.

Los derechos y deberes derivados de la relación jurídica paterno-filial, son los siguientes. En cuanto al hijo: a) llevar los apellidos del padre y de la madre; b) recibir alimentos de estos; c) derecho a la legítima; d) ejercer las facultades derivadas de la naturaleza del estado civil; e) recibir protección, educación y cuidados de sus padres; y f) derecho a una nacionalidad.

Son deberes de los hijos: a) respeto y obediencia sus padres; b) solicitar licencia para contraer matrimonio y c) suministrar alimentos en caso de pobreza o necesidad en que hallen los padres.

8. LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

La legitimación adoptiva se caracteriza por la equiparación total del adoptado al hijo legítimo, es decir, la creación de un vínculo no similar sino igual al resultante de filiación legítima; además, la anotación en los registros de estado civil se hace como si se tratase realmente de un hijo legítimo, suprimiendo todo rastro que permitía identificarlo como adoptado,. Según Belluscio, “Su creación obedeció, por un lado, a la necesidad de ampliar la protección del adoptado confiriéndole todos los derechos del hijo legítimo, y por otro, a la de evitar la costumbre –frecuente en muchos países, inclusive el nuestro—de inscribir falsamente como hijo legítimo a quien no lo es, con el fin de evitar que llegue a conocer su verdadero vínculo y en razón también del temor –quizás fundado—sobre la forma en que el grupo social se conducirá al adoptado, tanto como el enteramente infundado, acerca de pretendidos inconvenientes derivados de la tramitación del juicio de adopción o de ulteriores reclamos de los verdaderos padres”¹². Esta institución fue establecida por primera vez en Francia por Derecho-ley del 29 de julio de 1939. Modificado en 1941, 1949, 1958, 1963. Creaba un vínculo entre los legitimantes y el legitimado similar al legítimo, y sólo podía ser pedida por cónyuges no separados y con relación a niños de corta edad (primero se fijó en cinco años y luego en siete), cuyos padres hubieran fallecido, fuesen desconocidos o los hubiesen abandonado. Suprimía todo lazo con la familia de sangre, excepto los impedimentos de consanguinidad, y era irrevocable. Fue sustituida por la adopción plena en la reforma de 1966.

En la República oriental del Uruguay fue introducida por la Ley 10.674, del 20 de noviembre de 1945; en Chile por la Ley 16.346 de 1965, y en Brasil por la Ley 4655, también de 1965. Estas leyes mantienen los impedimentos matrimoniales con la familia de origen –y, además la chilena los derechos patrimoniales del adoptado con relación a ella, especialmente el hereditario y alimentario--, pero

¹² MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia y de la infancia y la adolescencia.

fijan reglas tendientes a mantener un absoluto secreto acerca de la adopción, ya que el legitimado es inscrito en los registros del estado civil como hijo legítimo denunciando fuera de término. Sólo pueden solicitarla matrimonios, y es irrevocable.

9. LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

En Colombia se encuentra regulada actualmente por medio del Código de la infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), de la siguiente forma:

9.1 DEFINICIÓN

El artículo 61 define la adopción en estos términos, “la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tiene por naturaleza”¹³. Por tanto tiene estas características: a) Es una Medida de protección; b) Tiene la vigilancia del Estado; c) Es irrevocable, y d) establece relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

9.2 AUTORIDAD CENTRAL EN MATERIA DE ADOPCIÓN

Se establece como Autoridad Central de materia de adopción al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Solo pueden desarrollar programas de adopción el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones debidamente autorizadas.

9.3 PROCEDENCIA DE LA ADOPCIÓN

9.3.1 Adopción de menores.

Solo pueden adoptarse: a) Los menores de dieciocho (18) años declarados en situación de adaptabilidad; b) Los menores cuya adopción (art. 63).

¹³ Código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006 art 61.

9.3.2 Adopción de mayores.

El artículo 69 dice que se permite la adopción de mayores de edad, cuando el adoptante hubiera tenido en su cuidado personal y haya convivido con el bajo el mismo techo, por lo menos dos (2) años antes de que se estuviere cumpliendo los dieciocho (18) años. En este caso se requiere solamente el consentimiento entre adoptante y el adoptivo. En este caso se adelanta un proceso ante el juez de familia. Si el menor tiene bienes se hace con las formalidades exigidas para los guardadores (art. 63).

9.3.3 Adopción de niño, niña, o adolescente indígena.

El artículo 70 dice al respecto: “Atendiendo las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, la adopción de un niño, una niña o adolescente indígena, cuando los adoptantes sean miembros de su propia comunidad procederá de acuerdo con sus costumbres”¹⁴. Pero, cuando los adoptantes sean personas no que no pertenecen a la comunidad del niño, niña, o adolescente indígena, la adopción procede mediante consulta previa y con el concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen y se realiza de acuerdo con las normas del Código de Infancia.

9.4 DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD

Según el artículo 98 in fine la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia.

Dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrá oponerse a cuyo cargo estuviere el cuidado, la

¹⁴ Código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006 art 70

crianza y educación del niño, niña o adolescente aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberían expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustentan la oposición.

9.5 HOMOLOGACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD Y EFECTOS JURÍDICOS DE ESTA

Según el artículo 108 del Código de Infancia cuando se declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en el término antes señalado, el Defensor de Familia debe remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación. En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá respecto de los padres, la terminación de la patria potestad niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaria o de la oficina de registro civil.

9.6 EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN

Según el artículo 64 la adopción produce los siguientes efectos: 1). Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligación del padre o madre e hijo. 2). La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos. 3). El adoptivo llevara como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, solo podrá ser modificado cuando el adoptante sea menor de tres (3) años, o consienta en ellos, o el juez encontrare justificadas las razones de su cambio. 4). Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguineidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9º del artículo 140 del Código Civil. 5). Si el adoptante es el conyugue o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo,

tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservara los vínculos en su familia.

9.7 CONSENTIMIENTO

a) Concepto. El artículo 66 define el consentimiento como “la manifestación informada. Libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad”¹⁵. b) competencia. El consentimiento se presta ante el Defensor de Familia quien debe informar sobre su consecuencia jurídica y psicosociales) Requisitos. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Que este exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos; y b) Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión. Además, el consentimiento debe ser idóneo constitucionalmente y este requisito se cumple “cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un (1) mes después del día del parto”¹⁶. d) Falta del padre o la madre para presentar el consentimiento. Se entiende para estos efectos que falta el padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. e) Invalidez del consentimiento. No tiene validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco es válido el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados. Salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del conyugue o compañero permanente del adoptante. f) Revocación del consentimiento. Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgación. Los

¹⁵ Código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006 art 66

¹⁶ Código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006

adolescentes deben recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tiene validez si se manifiesta en forma libre e informada. En este caso deben estar asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público. g) Adopción de menor al cuidado de familia distinta a la de origen. El párrafo del artículo 67 expresa que si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, podrá hacerlo a menos que la familia que tiene al cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo.

9.8 REQUISITOS PARA ADOPTAR

El artículo 68 del Código de Infancia establece estos requisitos para la adopción individual o conjunta: a) Quien siendo capaz haya cumplido veinticinco (25) años de edad; b) Que tenga al menos quince (15) años más que el adoptable; y c) Que garantice idoneidad física, mental, moral y social suficientes para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.

Las personas que puedan adoptar son las siguientes: 1). Las personas Solteras. 2). Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior. 3). El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración. 4). El conyugue o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Esto no se aplica en cuando a la edad en el caso de adopción por parte del conyugue o compañero permanente respecto del hijo de su conyugue o compañero permanente o de un pariente

dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción. Si el niño, niña o adolescente tuvieren bienes, la adopción se haría con las formalidades exigidas para los guardadores.

9.9 ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción internacional se regirá por lo previsto en los tratados de los cuales Colombia sea Estado Parte. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar actuara como autoridad central y autorizara a los organismos acreditados y agenciados internacionales, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley y los convenios internacionales ratificados por Colombia y teniendo en cuenta la necesidad del servicio.

El ministerio del Interior y de Justicia reconocerá personería jurídica e inscribirá a los representantes legales de los organismos.

Tanto las agencias internacionales como los organismos acreditados deberán renovar la autorización ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familia cada dos (2) años (art. 72)

9.10 PROGRAMA DE ADOPCIÓN

El artículo 73 dice que se entiende por Programa de Adopción “El conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia”¹⁷. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del Comité de Adopción en cada Regional y Agencia y las instituciones autorizadas por este para desarrollar el programa de Adopción a través de su Comité de Adopción serán la instancian responsable de la selección de las familiar colombianas y extranjeras adoptantes y de la asignación de los niños, niñas o

¹⁷ Código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006 art 73

adolescentes adoptables. Los Comités de Adopción de ICBF y de las instituciones autorizadas, estarán integradas por el Director Regional del ICBF o su delegado, el director de la institución o su delegado, un trabajador social, un psicólogo y por las demás personas que se designen, según sea el caso, el ICBF o las juntas directivas de las instituciones.

9.11 PROHIBICIÓN DE PAGO

El artículo 74 dice: “Ni el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ni las instituciones autorizadas para desarrollar el programa de adopción, podrán cobrar directamente o indirectamente retribución alguna por la entrega de un niño, niña o adolescente para ser adoptado. En ningún caso podrá darse recompensa a los padres por la entrega que hagan de sus hijos para ser dados en adopción ni ejercer sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento. Tampoco podrá recibir donaciones de familias adoptantes previamente a la adopción. Queda absolutamente prohibidas las donaciones de personas naturales o instituciones extranjeras a las instituciones colombianas como retribución por la entrega de niños, niñas o adolescentes en adopción”¹⁸. El párrafo dice: “Sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, el incumplimiento de esta disposición acarreará la destitución del funcionario infractor, o la cancelación de la autorización para adelantar el programa de adopción si el hecho se hubiere cometido por una institución autorizada”¹⁹.

9.12 RESERVA

El artículo establece la reserva así: “Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción serán reservados por el termino de veinte (20) años a partir de la ejecución de la sentencia judicial. De

¹⁸ Código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006 art 74

¹⁹ Código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006 art 74

ellos sólo se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del Adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar. Parágrafo 1°. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información. Parágrafo 2°. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta”²⁰.

²⁰ Código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006 art 74 parágrafos 1,2

10. LA FAMILIA

10.1 LA FAMILIA EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Es claro que las primeras experiencias de relación con el mundo se dan en el interior del grupo familiar, que como se ha mencionado en capítulos anteriores en base a nuestra Constitución Política, es el núcleo fundamental de la sociedad en la cual se conserva su función formadora enlazada con el afecto y la intimidad, cuya calidad impacta la condición con que los seres humanos se desarrollan y hacen su entrada en la vida social.

Aun cuando esto es así, la familia no puede prever ni determinar el destino de las nuevas generaciones, la familia es la encargada social de la integración personal y colectiva, al procurar que coincidan la identidad social de los niños, de las niñas y los adolescentes en las relaciones que a diario se viven en nuestro país, siendo esta etapa de los menores fundamental en su crecimiento y desarrollo personal; haciéndose necesario considerar las dimensiones culturales y estructuras de familias.

Es por ello que se hace necesario referirnos a las nociones generales de la familia, de la siguiente forma:

10.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

Jurídica, pues le falta evidentemente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, que es la nota distintiva de la personalidad. Aún más, si la familia tuviera personalidad moral, poseería como lo advierten aun órgano de dirección y de presentación y, además, en ningún caso es titular de derecho.

10.3 LA FAMILIA COMO ORGANISMO JURÍDICO

Esta tesis es sostenida por el profesor italiano Antonio Cicu. Según este autor, la familia es un organismo jurídico de formación anterior y necesaria, anterior y superior al Estado. Explica que se trata de un organismo jurídico, porque entre los miembros de la familia no hay derechos individuales sino vínculos recíprocos de la interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes la ley se las confiere. El tratadista Díaz de Guijarro critica esta tesis, o sea, que el paralelismo entre el organismo estatal y el organismo familiar conduce a una abstracción de familia en la cual los poderes deshumanizan, abstracción inadecuada ante un hecho social tan concreto y tangible como la familia. Bonnacase dice que la familia es un organismo social de orden natural, que reposa sobre la diferencia de sexos y la diferencia correlativa de funciones y cuya misión suprema consiste en asegurar la perpetuación de la especie humana.

10.4 LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN.

La mayoría de la doctrina afirma que la familia es una institución jurídica, social, permanente y natural. En ese sentido, expresa que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”²¹. Consideramos que la familia es una institución natural de que se vale la sociedad para regular la procreación y educación de los hijos, así como el cumplimiento de sus fines. Advierte Heinrich Lehmann que “históricamente la familia anterior al Estado, es más antigua que él. Es la célula germinal de la comunidad estatal, y en ella ha encontrado satisfacción el innato espíritu social”²². El derecho de la familia es derecho privado, pero sus normas por regla general son de orden público y tienen profundo carácter moral. Algunos

²¹ Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de las Naciones Unidas, en su art. 16, inc. 3

²² MONROY CABRA, Marco Gerardo. DERECHO DE FAMILIA Y DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: Decima primera Edición. 2006

autores lo consideran derecho público, como Cicu, y otros, como Lehmann, lo denominan derecho social.

10.5 DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SOCIOLOGÍA

Como lo expresan Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni “la familia es, sin duda alguna, una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad”²³. Agregan que la función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar. Pero, el derecho no regula la totalidad de los aspectos de la institución familiar porque muchos comportamientos obedecen a concepciones éticas o morales, tradiciones o costumbres y otros quedan librados a la conciencia de los integrantes de la familia. Por estas razones, los autores citados dicen que: “carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia”²⁴. La familia no es persona jurídica, ni organismo jurídico, sino una institución jurídica y social que es regulada por el derecho de imponer a sus miembros --cónyuges, hijos-- deberes para el cumplimiento de sus funciones.

²³ Ibíd.

²⁴ Ibíd.

11. ORIGEN DE LA FAMILIA

Existen diversas teorías que plantean hipótesis que se fundamentan en trabajos realizados sobre la organización de los pueblos que aún hoy permanecen en estado primitivo y que desde luego no se sabe si su comportamiento era el mismo - y en algunos datos materiales directos que son insuficientes. Sostienen la teoría llamada matriarcal, fundamentada en estos presupuestos: a) en los orígenes de la humanidad los seres humanos habrían vivido en la promiscuidad sexual (hetairismo), a semejanza de los animales, sin normas rectoras en absoluto; b) un comercio de esta naturaleza excluye toda servidumbre de paternidad y la descendencia sólo podría contarse a través de la línea materna; c) en razón de esta circunstancia, las mujeres, como madres y en su carácter de únicos parientes ciertos de la generación joven, llegaron a gozar de cierta preeminencia absoluta debido a la promiscuidad en que vivía el hombre; y se llegó a tener en tan gran valía la promiscuidad sexual, que el paso de ésta a la poligamia se consideraba una transgresión grave de la religión primitiva, transgresión que se debía expiar o cuya tolerancia debía resarcirse con el abandono temporal de la mujer por todos los hombres del grupo.

Con fundamento en los anteriores presupuestos, los citados autores presentan los siguientes grupos familiares: a) la familia consanguínea, que se caracterizó por la prohibición de la unión sexual entre progenitores y la prole. Se permitía y era corriente entre hermanos; b) la familia punalúa, prohibía el incesto entre progenitores e hijos y entre hermanos. Permitió el comercio sexual entre hombres y mujeres, quedando excluidos padres e hijos y hermanos entre sí. Luego extendió la prohibición a los hermanos lejanos o primos y a las hermanas de los hombres, o lo que hoy se llaman cuñadas. En este grupo familiar aparece el matrimonio por grupos “que consistía en un conjunto de hombres y mujeres que podían unirse

indistintamente entre sí, sin establecer vínculos de pareja”²⁵; c) la familia sindiásmica, en que el hombre vive con una sola mujer, pero conserva el derecho de serle infiel. La mujer debe serle fiel hombre hasta cuando dure la unión, pero esta se podía romper con facilidad y la mujer quedaba con los hijos; d) la familia monogámica, en que existió la preocupación de procrear hijos de paternidad cierta y en que se acrecienta el poder del padre. La teórica patriarcal niega la promiscuidad primitiva y sostiene que desde los tiempos remotos el padre fue centro de la organización familiar., “para quien el origen de la sociedad se halla en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unen bajo la autoridad y protección del varón de más edad. Fundada tal tesis en la identidad sustancial del sistema familiar de los indios, romanos y otros pueblos, y consideraba que el error de la teoría matriarcal proviene de la autorización del método comparativo, de restar valor al derecho romano y poner los hechos concretos al servicio de una conclusión anticipada. Objetada tal teoría que la promiscuidad en las relaciones sexuales humanas no es una práctica necesariamente unida al salvajismo, pues ni aun en los animales es uniforme, que supondría ausentes del hombre primitivo al celo sexual y el sentimiento del amor, lo que no sería explicable en una misma especie, cuyas condiciones naturales en lo fisiológico deben reputarse inmutables, pese a la evolución; que es violento para la razón de admitir que haya sido congénito y de aplicación universal lo que hoy es una situación patológica; y que la promiscuidad y el matrimonio son opuestos a la idea de autoridad y superioridad paterna, manifestación religiosa universal de los primeros periodos de civilización histórica de toda la humanidad ”²⁶ La teoría matriarcal ha sido puesta en tela de juicio por las investigaciones realizadas por E. Westermarck, Robert H. Lowie y B. Malinowski. Igualmente, Fustel de Coulanges, en su obra La ciudad antigua, concluyo que la gran familia tenía como aglutinante en vínculo religioso basado en los ritos del culto a los espíritus, de la oratoria, del agua lustral y de la memoria de los muertos. La institución de la familia históricamente ha evolucionado desde el

²⁵ BACHOFEN, Taylor y Morgan, en su obra La sociedad primitiva

²⁶ BACHOFEN, Taylor y Morgan, en su obra La sociedad primitiva, organización familiar. Su principal expositor fue Summer Mainer

clan, la gran familia romana sometida a la autoridad del paterfamilias y la pequeña familia actual formada por el núcleo paterno-filial. La importancia política era primordial en la etapa del clan, las tribus, las gens romana y las fratrías griegas; la función económica fue esencial en la familia romana, en donde paterfamilias era el único sujeto de derechos patrimoniales hasta la evolución industrial producida a partir del siglo XIX, y actualmente, en que la función primordial de la familia es la procreación y educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual de todos sus integrantes.

12. REGLAMENTACIÓN LEGAL DE LA FAMILIA EN COLOMBIA

El origen de la familia colombiana se encuentra en la española y especialmente en la legislación de las partidas. Nuestro código civil no tiene ningún libro dedicado a la familia, por cuanto siguió al código francés de 1804 que no dedico ningún libro al régimen familiar. En cambio, el código civil alemán de 1900, el suizo de 1912 y el italiano de 1942 dedican sendos libros a la familia. Las normas que regulan la familia estas contenidas en el libro 1° De las personas y en el libro 4°, a continuación de las reglas que informan la prueba de las obligaciones, técnica que sigue los redactores del Código civil francés “se ocupan de la familia sobre todo desde el punto de vista puramente individualista: se trata de regular las relaciones de particulares entre ellos asegurando la protección de cada uno; no consideran el interés general de la familia y de la sociedad. Por otra parte, tratan separadamente de esas instituciones, sin adquirir conciencia, o al menos sin adquirir plenamente conciencia, de que todas su reglas se relacionan con una institución única: la familia, cuya constitución, organización y disolución determinan”²⁷. Actualmente nadie discute la autonomía del derecho de la familia, y la tendencia que se registra es hacia la promulgación de un Código de Familia que ha sido expedido por algunos Estados en el cual se complican las normas consagradas a la familia, lo que se ha complementado con la implantación de una jurisdicción de familia. Las normas del Código Civil relativas a la familia se han modificado con la expedición de nuevas normas, como la Ley 8a de 1922; la Ley 70 de 1931, que autoriza la constitución de patrimonio de la familia no embargable; la Ley 28 de 1932, régimen patrimonial en el matrimonio; la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural; la Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño; la Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas de filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; decreto de 1260 de 1970, por el cual se expide el estatuto de registro civil de las personas; Ley 20 de 1974, por la cual se aprueba el concordato entre la Republica de Colombia y la Santa Sede, suscrito el 12 de junio de 1973; el Decreto 2820 de

²⁷ El Código francés, Mazeaud

1976, por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los
Ley 5a de 1975 sobre adopción; Leyes 1a de 1976 y 25 de 1992 sobre divorcio,
separación de cuerpos y de bienes de matrimonio civil y católico, y cesación de
efectos civiles de matrimonio católico; Ley 27 de 1977, por la cual se fija la mayoría
de edad a los 18 años; Decreto 902 de 1988, por el cual se autoriza la liquidación
de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante un notario público y
se dictan otras disposiciones; Decreto 2272 de 1989, que organizo la jurisdicción
de familia; Decreto 2737 de 1989, que contiene el Código de Menor; Ley 54 de
1990, sobre unión marital de hecho; Ley 57 de 1990, por medio de la cual se
modifica el artículo 11 de la Ley 57 de 1987, sobre matrimonio por poder;
Decreto 2651 de 1991, Ley 25 de 1922, por la cual se desarrollan los incisos
9,10,11,12,13 de artículo 42 de la Constitución Política; Ley 82 de 1993, Sobre
Protección a la mujer cabeza de familia, y Decreto 158 de 1994, sobre registro
civil de ciertos matrimonios, Leyes 258 de 1996 sobre afectación a vivienda
familiar; 294 de 1996 sobre normas para prevenir, remediar y sancionar la
violencia intrafamiliar; así mismo hay que mencionar la Ley 1098 de 2006 que
contiene el código de la Infancia y la Adolescencia.

13. DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El art. 42 de la Constitución política dice que la familia se constituye: “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”²⁸. Por tanto, la Constitución acepta la familia legítima, la natural y la adoptiva. La Ley 294 de 1996 en su art. 2 enumeró los integrantes de la familia. Si bien esta definición es para los efectos de la Ley 294 puede considerarse que la forma de integración responde al nuevo concepto de la familia contenido en la Constitución política. El art. 2 dice: Para los efectos de la presente ley integran la familia: a) Los conyugues o compañeros permanentes. b) El padre y la madre de familia aunque no convivan en un mismo techo. c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos. d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallen integrados en unidad doméstica”.

²⁸ Constitución política de Colombia art 42

14. CONCEPTO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

El art. 42 de la Constitución de 1991 dice en su párrafo 1: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de formarla”²⁹. La nueva constitución consagra dos principios esenciales: a) Que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; y b) que el estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La Constitución nueva establece varios fundamentos basados en estas concepciones: natural y jurídica. Esto significa que se regula la familia legítima basada en el matrimonio y cuyo fundamento es jurídico y ético. También se admite la unión marital de hecho que fue regulada por la Ley 54 de 1990. Además, se regula la adopción. Por tanto, se protege la familia en general y sin tener en cuenta la fuente donde haya nacido. La Constitución estatuye además varios principios: a) Que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables; b) Que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes; c) Se prohíbe cualquier forma de violencia en la familia, la cual se considera destructiva de su armonía y unidad; d) Se reitera la progeneración responsable, que será reglamentada por la ley, e) Se reitera la institución de patrimonio familiar inalienable e inembargable y se deja su reglamentación a la ley; f) Se reafirma la igualdad de hijos sin tener en cuenta si son habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, g) Se afirma el derecho de la pareja a decidir libre y responsable en número de sus hijos; h) Se consagra el deber de los padres de sostener y educar a los hijos mientras sean menores e impedidos, i) Se defiere a la Ley la determinación del estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Así mismo, el régimen del matrimonio se rige por la Ley civil, y los efectos civiles de todo matrimonio cesan por el divorcio, con arreglo a la ley civil. Todas estas normas están dirigidas a la protección integral de la familia como

²⁹ Constitución política de Colombia art 42.

institución básica de la sociedad. Igualmente, la Constitución defiere a la ley dictar normas para la protección de los derechos de los niños, la protección y formación integral del adolescente, la protección y asistencia de la personas de la tercera edad, y para la rehabilitación e integración social disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. Es indispensable que se otorguen recursos suficientes para que estos principios puedan llevarse a la práctica y para que la protección de la familia, del niño, del adolescente, de las personas de la tercera edad y de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos no se considere solamente como un enunciado constitucional desprovisto de eficacia social. Los programas que se realicen constituyen un deber de Estado, por cuanto el art. 5° de la Constitución expresa que el Estado “ampara la familia como institución básica de la sociedad”³⁰. El amparo y la protección de la familia corresponden no solo al Estado sino también a la sociedad, y por esto requiere la solidaridad para realizar planes y programas tendientes a que las normas programáticas contenidas en el art. 42 de la Constitución tengan cumplida realización práctica.

³⁰ Constitución política de Colombia art 5.

15. IMPORTANCIA SOCIAL DE LA FAMILIA

La familia es la cedula social por excelencia. Es la agrupación natural más importante porque no es posible la vida en sociedad sin familia. Los tratadistas Mazeaud se expresan así: No solamente constituye la familia, para los conyugues y para los hijos, una escuela de abnegación y de mutua ayuda, la única capaz de refrenar el egoísmo, sino que la familia es la que asegura la protección del individuo: ¿Qué será de la madre y el hijo abandonados por el padre? La familia es la que permite que las relaciones entre el hombre y la mujer constituyan otra cosa que libertinaje, luchas sin cuartel y esclavitud de la mujer. Por último, la familia es la que puede defender al individuo contra el Estado; si la familia no existe, el Estado la substituye; él es el que recoge a los niños, los cría y los educa; ya se sabe cómo son conducidos los pueblos que pretenden entregar así al niño al Estado. Se ha dicho: “En cualquier aspecto que se la considere, la familia aparece como una institución necesaria y sagrada; apenas si se concibe una comunidad social en la que ninguna colectividad fuera a interponerse entre el individuo y el Estado, sociedad tal no sería viable; representa un montón de individuos, es la familia la que, por una primera síntesis, no artificial, sino natural y bienhechora, contribuya a preparar las síntesis más vasta que realiza el concepto de nación; es un elemento de cohesión, una condición de equilibrio social”³¹³¹. Las relaciones familiares no sólo exigen una reglamentación legal, sino también un aspecto religioso. Las dos grandes potencias –La Iglesia y el Estado—están igualmente interesadas en su ordenación, específicamente en lo relativo al matrimonio. Los caracteres peculiares del derecho de la familia son los siguientes: 1) sus normas son de orden público e imperativas en su gran mayoría; 2) está influido por normas morales y religiosas; 3) los derechos subjetivos que surgen de las normas de familia son derechos-deberes o poderes-funciones; 4) la familia tiene un significado social que tiende a la realización de los fines esenciales del núcleo y la

³¹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. DERECHO DE FAMILIA Y DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: Decima primera Edición. 2006 ,josserand.

protección del interés individual dentro del grupo ; 5) carácter coactivo y exclusivo de los preceptos legales e institucionales de carácter familiar.

16. NATURALEZA DEL DERECHO DE LA FAMILIA

El derecho de familia regula el conjunto de normas que rigen la, fundación, estructura vida y disolución de la familia (Lafaille). Encuanto a la naturaleza del derecho de la familia, se han expuesto tres tesis:a) Teoría de la cual es parte del derecho público. Algunos autores, como Spota y Lafaille, consideran al derecho de familia como derecho público, por cuanto en las relaciones que disciplina prevalece la idea de dependía y subordinación, con desplazamiento del principio de la autonomía de la voluntad.b) Teoría según la cual es una tercera rama del derecho. Profesor Antonio Cicu sostiene que el derecho de familia pertenece a un tercer género distinto del derecho privado y del derecho público. Resume así la teoría: “El derecho de familia regula relaciones jurídicas similares a las del derecho público, pero diferenciadas en que mientras en éste interés superior que se tiende es salvaguardar es el Estado, en aquél es el interés familiar. A su vez, ve en la familia un organismo similar al estado, aunque en escala menor, naturaleza a la cual ya he hecho ilusión ene l capitulo anterior. En cuanto a los actos jurídicos del derecho de familia, no serían actos jurídicos privados sino actos de los poderes familiares reconocimiento del hijo natural y el desconocimiento de la paternidad legitima o bien actos del poder estatal como el matrimonio. Los derechos subjetivos familiares constituirían o bien un poder de voluntad no vinculado con el interés propio titular, o bien una mera acción judicial tendiente a obtener el cumplimiento de un deber”³². c) Teoría según la cual forma parte del derecho social. Algunos autores, como Jorge S. Antonini, colocan al derecho de familia como rama del derecho social, junto con el derecho del trabajo y el de la seguridad social. En el derecho social el sujeto es la sociedad, representada por los distintos entes colectivos con los cuales opera. Es decir, el derecho social está integrado por las normas que protegen de modo inmediato las relaciones de los hombres como entes sociales, y la que reglamenta las relaciones de los hombres como

³² MONROY CABRA, Marco Gerardo. DERECHO DE FAMILIA Y DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: Decima primera Edición. 2006 por Belluscio.

entes sociales. Y asevera que “constituyen el fundamento del derecho de familia normas de derecho social, no de carácter público, que reglamentan las relaciones de los hombres como entes sociales y miembros de la familia”³³. d) Nuestra opinión. Consideramos que si bien la mayoría de normas del derecho de familia son de orden público, no constituyen derecho público por cuanto sus normas no protegen intereses del Estado sino del organismo familiar. Los derechos que del derecho de familia se derivan para el individuo no se confieren por su existencia individual, ni por ser miembro el Estado, sino por su vinculación con los demás miembros de la familia. El derecho de familia es autónomo y tiene características especiales, por el carácter moral, natural y social de la familia.

³³ MONROY CABRA, Marco Gerardo. DERECHO DE FAMILIA Y DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: Decima primera Edición. 2006 por Heinrich Lehmann.

17. DERECHO DE LOS MENORES

El derecho de menores es hoy rama autónoma tanto del derecho de familia como del derecho penal. Regula la situación jurídica del menor en los aspectos civiles, penales, laborales, de protección y los derechos de la niñez. En Latinoamérica, la expedición de códigos del menor, legislación sobre menores en situación irregular o en conflicto social y el aporte doctrinario y jurisprudencial, han creado un derecho de la minoría que se ha separado del derecho de familia y del penal. A escala internacional, la Declaración de Ginebra de 1924, la declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la adopción de la Convención sobre Derechos del Niño en 1989, han erigido un conjunto de normas internacionales que tiende a la protección del menor y al respecto de sus derechos. En el ámbito interamericano deben destacarse las convenciones sobre adopción internacional de menores (1984), restitución de menores (1989), tráfico internacional de menores (1994), y obligaciones alimentarias (1989), que indudablemente han contribuido a la codificación del derecho de menores mediante la adopción de normas uniformes y de conflicto que van a reforzar su protección. EL derecho de menores trata sobre la protección de los niños privados de su medio familiar, la adopción, los alimentos, menores en situación irregular, protección al menor trabajador, maltrato de menores y administración de la justicia de menores. En esta obra comentaremos brevemente la disposición del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), las convenciones relativas a menores y la legislación comparada. Si bien el derecho de menores es hoy una rama autónoma e independiente del derecho de familia y así lo reconocemos en la obra sobre Derecho de menores, sin embargo, por razones prácticas, consideremos mejor tratar los temas de derecho de familia y derecho de menores conjuntamente para una mejor comprensión de las instituciones y para análisis orgánico del tema.

18. LA FAMILIA HOMOPARENTAL

18.1 LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES COMO OBJETO DE ESTUDIO

La atracción entre personas del mismo sexo y la consecuente formación de parejas parece ser tan antigua como la humanidad, y en no pocas ocasiones estas parejas han convivido con hijos que uno o ambos miembros tuvieron previamente, o han adoptado/acogido a niños y niñas que no podían ser criados por sus familias de origen. Hasta hace pocos años, y es algo que continúa ocurriendo en la mayor parte del mundo, las parejas homosexuales y los niños a quienes criaban debían enfrentarse no sólo a las dificultades propias del día a día de cualquier familia, sino también al estigma, la persecución y la clandestinidad. Al este respecto, en esta investigación se logró apreciar que al día de hoy la seguridad jurídica y el equiparamiento legal para estas familias es, prácticamente absoluto a excepción de la adopción por consentimiento. Para estudiar esta realidad se trata de definir la familia homoparental como contexto a continuación:

18.2 DEFINICIÓN DE FAMILIA HOMOPARENTAL

La familia ha sido estudiada desde numerosas disciplinas y desde antiguos tiempos. Desde la Antropología hasta la Psicología y la Sociología, aún así, o quizás precisamente por ello, su definición sigue sin estar clara. Se trata de un concepto que ha evolucionado enormemente en las últimas décadas y que puede aplicarse desde a núcleos de convivencia de lo más variado hasta a sistemas de relaciones entre personas que ni conviven ni comparten lazos de sangre. Dentro de la gran variedad de definiciones propuestas, en su última edición publicada la Real Academia Española de la Lengua habla de un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas., para después definir el parentesco como un vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta pero concluimos que lo habitual en el ámbito

jurídico que es el que nos concierne lo correcto es asimilar el término familia a lo que establece nuestra Carta Magna ,la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Al citar autores, se encuentran varias definiciones, entre ellas una muy relevante que expresa: “dos o más personas que se consideran a sí mismas como una familia y que toman entre ellos compromisos y responsabilidades que se asumen comúnmente como fundamentales para la vida familiar”³⁴. De tal forma agregando a esta definición que además de asumir responsabilidades y compromisos o asumirse como familia, para incluir a un grupo dentro de este término, los miembros del mismo deben convivir entre sí y criar al menos a un niño o niña o adolescente, menor de 18 años. Se trata de una definición abierta, que se basa fundamentalmente en la identidad de los miembros de la propia comunidad pero, al igual que ocurre con otros muchos grupos humanos, ante la ausencia de definiciones consensuadas, apelar a la identidad de los sujetos acaba resultando lo más legítimo. Dentro de este amplio concepto, son muchas las peculiaridades que permiten agrupar a las familias: su tamaño, la vinculación genética, sus componentes, la vía empleada en la reproducción, su carácter migrante o no. Y es así como la gran variable existente de patrones familiares favorece el estado de desorganización social que se vive actualmente, en cuanto a los roles y relaciones al interior de la familia y su papel se refiere en el contexto social. Dificultando así el reconocimiento de sus funciones básicas, acompañado de excesivos moralismos y de un imaginario colectivo que sostiene un modelo de familia perfecta, preferentemente nuclear. En la actualidad las familias están modificando su forma y tamaño, por lo que existe una gran diversidad. Tradicionalmente como se aprecia en temas anteriores, la estructura nuclear ha estado asociada a los patrones patriarcales, lo que se traduce en la representación del hombre orientado a la vida pública, productiva y la mujer dedicada al afecto y cuidado del hogar. Funciones que han variado, acompañadas

³⁴ Constitución política de Colombia.

de un replanteamiento de los derechos y cambio de roles, particularmente de la mujer. Nuevas formas de recomposición de las familias, familias extensas para responder a la pobreza, familias monoparentales conformada por aquella familia nuclear compuesta por un solo progenitor, uno o varios hijos, familias homoparentales, que en todo caso emergen de casos como lo son: un divorcio, separaciones, embarazo en la adolescencia que muchas veces conlleva a ser madre soltera, la muerte o entre otras más. La homoparentalidad se constituye entonces, una característica más que pueden adoptar las familias, y en este caso se refiere a que quienes ejercen funciones parentales son del mismo sexo. En su estructura, condiciones socioeconómicas, tamaño o características culturales, las familias homoparentales pueden por tanto enmarcarse en otras categorías (numerosas, interraciales, troncales, etc.). En cuanto al sexo, son muchos los autores que han reflexionado sobre el mismo como categoría, situando los precedentes de división conceptual entre hombres y mujeres, pero el sexo no es una categoría completamente dicotómica en su forma, y un porcentaje significativo de la población no se identifica como hombre o como mujer, puesto que realmente se puede hablar de distintos estados de intersexualidad, tanto a nivel genético como fenotípico. Aún así, dada la generalización de la identidad masculina y femenina y su realidad abrumadora en nuestro contexto cultural, entendemos que es metodológicamente adecuado clasificar a los humanos en función de un sexo masculino o femenino siempre que así se identifiquen ellos mismos, pudiendo hablar por tanto de una familia homoparental cuando está encabezada por dos adultos que se identifican a sí mismos como del mismo sexo y que mantienen una relación de pareja ejerciendo funciones la crianza. Existen diversas formas de aproximarse a las familias encabezadas por personas de minorías sexuales; Sin embargo, mientras que es metodológicamente sencillo clasificar una familia como homoparental o heteroparental, pretender definir una familia en función de la orientación sexual de sus componentes, además de ambiguo, extremadamente difícil, pero finalmente estos terminan constituyendo o formando una familia; siendo evidente que a medio y largo plazo, de continuar en el ambiente de

tolerancia que se vive en algunos países, el número de quienes se decidan a hacerlo irá en aumento.

19. RESPUESTA AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Se presenta a continuación la principal respuesta que puede extraerse de esta monografía, la cual forma un panorama general bastante clarificador de cómo sería válido satisfacer las necesidades de los niños, de las niñas y adolescentes, de llegar a ser viable en nuestro país la adopción homoparental.

En base a estos datos, y siguiendo con los objetivos expuestos las características de esta monografía nos acercan a una realidad social que está vigente y en la cual en nuestro país un sin número de niños se encuentran desprotegidos debido a las situaciones de violencia, abandono, abuso sexual y entre muchas más que nos aquejan cada día.

Es la razón fundamental por la que mi pensamiento no se puede tornar egoísta ni moralista, al estar de acuerdo con la adopción homoparental, ya que en base a estudios realizados no se ve afectado el interés superior del niño, es más este se estaría protegiendo de todas las situaciones mencionadas y podría crecer y desarrollarse dentro de una familia que aunque homoparental y diferente a la clásica conformada por la Constitución, le sería de gran bienestar para desarrollarse de la manera adecuada dentro de la sociedad.

Muchas son las cuestiones que surgen al tocar este tema, como: ¿Que mayores o menores capacidades para el cuidado y aptitudes para el desarrollo de los menores tienen estas parejas? ¿Qué diferencias y similitudes relevantes hay entre estas parejas con las heterosexuales o personas solas?, estas y muchas más son el día a día en nuestra sociedad, por lo que es necesario **CENTRARSE** en lo más importante: **LOS NIÑOS, LAS NIÑAS O LOS ADOLESCENTES QUE VIVEN EN ELLAS**, hacerles un seguimiento donde se evalúe, como en todo proceso de adopción el correcto funcionamiento de este proceso.

20. CONCLUSIONES

En definitiva, y con base en todo lo expuesto, no cabe duda que los menores son la base de nuestro país, ya sean hijo matrimonial, extramatrimonial y adoptivo, debemos entender que hay una problemática en nuestros días ya que hemos expuesto que el estado es garante de los derechos de los niños, y por institución el ICBF. Debemos tener en cuenta que también hay una forma de resolver este caso que es asunto del congreso de la república de Colombia donde se discuten los derechos y se hacen las leyes, para las parejas del mismo sexo que quieran adoptar habrá que hacer es un seguimiento con una serie de requisitos para que ellas puedan discutir o aprobar por parte de del ICBF que sean capaces de estar psicológicamente estables y económicamente, estos dos pilares de la adopción homoparental eso esenciales porque los demás serian requisitos de forma y no de fondo.

Debemos entender que esta monografía son pasos que estamos dando para que se constituya un derecho que es de los menores de edad el derecho a tener una familia digna, amorosa y con principios. Hay que ampliar el espectro de la familia no como una familia nuclear sino una familia extensa donde podamos mejorar a los menores de edad con valores que se dan en la casa.

Podemos definir tres derechos que se ponderaron en la adopción homoparental que se funden en un objetivo que es darle una familia a menor de edad que es su único sueño, el primero es el derecho de sociedad trasformada en el estado ya que el Estado somos todos y debemos fiscalizar y dirigir esta adopción en todo momento hasta que llegemos a una madures donde se pueda comprobar que el sistema funcione para los niños, el segundo seria el derecho que tienen las personas del mismo sexo donde tienen una expectativa de tener una familia, por ultimo llegamos en el derecho más importante y es donde se descompensa la balanza de la ponderación donde el derecho del menor entra a ponderar sobre los

demás derechos y sabemos que los derechos de los niños están consagrados por tratados internacionales y debemos regir ese marco teórico que tenemos y dar un ayuda a las instituciones del Estado como ICBF que vela por los derechos de los menores y a falta de eso los alimenta y cuida para que sean una personas hechas y derechas, cuando cumplan la mayoría de edad ellos toman su lugar en la sociedad.

Estoy muy seguro que un niño está mucho mejor en familia que en una institución que no puede ser una familia, las parejas homoparentales están siendo estigmatizadas pero no podemos ver hacia un lado de lo que es en realidad ya que los menores de edad van ser educados en colegios y con cariños reales, debemos ser honesto y no ponernos estar de lado neutro hay que tomar partido por los niños que no tienen un hogar y que una persona honorable pueda darle un hogar y cariño que es tan necesario.

Sabemos Corte Constitucional ya se ha pronunciado varias veces sobre este tema y decimos que estamos de acuerdo ya que el único que puede hacer algo es el Estado y hacer esto realidad es el congreso de Colombia con una ley que acepte la adopción homoparental. Estamos de acuerdo que el congreso en debates debe mirar estos derechos y ponderarlos y tomar una decisión de acuerdo a nuestra sociedad no la de otros países sino a la nuestra, adopción es darle una nueva a vida a niño que se lo merece y hacer feliz a una familia o a una pareja del mismo sexo.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

GONZÁLEZ PILLADO, Esther. GRANDE SEARA, Pablo. Aspectos procesales civiles de la protección del menor: 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

JARAMILLO O. Gustavo O. Derecho de Familia

KEMERMAJER De CARLUCCI, Aída. La familia en el nuevo derecho: Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2009.

Ley 83 de 1946 (Orgánica de la Defensa del Niño)

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia y de la infancia y la adolescencia: Decima primera Edición. 2006

URIBE ESCOBAR, Mario. La Familia en la Constitución de 1991 y su Desarrollo Legal

ANEXO (ANTEPROYECTO)

1. TITULO: ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN COLOMBIA

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta que para la definición del planteamiento del problema es necesario identificar la pregunta que se buscará resolver, o el problema particular cuya solución o entendimiento, contribuirá de algún modo la monografía. Es así, como a partir de las investigaciones realizadas en la elaboración de la justificación, he definido como mi problema de investigación, el siguiente:

¿Actualmente la adopción entre parejas del mismo sexo en Colombia, significa: retroceso o avance para nuestra sociedad?

Mi deseo de dirimir la cuestión, está más allá de lograr una respuesta jurídica al problema. Mi búsqueda –y de eso estoy seguro-, será un aporte más a las diferentes disciplinas que se encargan del estudio del tema, el cual cobra mayor relevancia en nuestra sociedad, de manera especial en cuanto a la adopción, derechos del menor, de los adoptantes y el papel que juega el Estado.

Como base fundamental, se establece entonces desde un principio con la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959 unos derechos constitucionales y fundamentales, considerando que los pueblos de las Naciones Unidas proclaman los Derechos Humanos que toda persona tiene, derechos y libertades, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquiera otra índole nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, llegando a ser necesario reconocer en esta misma Declaración Universal de Derechos Humanos la necesidad de una protección

especial del niño, considerada por su falta de madurez física y mental, tanto antes como después de su nacimiento, de tal modo que “la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle”³⁵; con el fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, e insta a las autoridades, a los padres, a los hombres y mujeres individualmente a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y adoptadas progresivamente siempre y cuando estas se encuentren en conformidad con los principios establecidos, dentro de los cuales se establece la calidad de vida, la dignidad, el derecho a tener una identidad, nacionalidad, beneficios de la seguridad social, crecer en un ambiente sano, tener una familia, tener educación, a la integridad personal, a la protección contra toda forma de maltrato o abuso cometidos por cualquier persona, a la salud en la cual ninguna entidad prestadora de servicios de salud puede negarse a atender a un menor; es decir, a todo lo que requiere el niño, la niña o el adolescente para su desarrollo integral como lo son: alimentos, vestido, habitación, educación, recreación y salud; a la protección, a el abandono físico, afectivo, la explotación económica, sexual, la pornografía, el secuestro, la trata de personas, la guerra, los conflictos armados internos, el reclutamiento y la utilización por parte de grupos armados al margen de la ley, la tortura, la situación de vida en calle, el desplazamiento forzoso, las peores formas de trabajo infantil y las minas antipersonas. En todo caso ellos son los que debemos proteger, son el futuro de toda nación, sociedad o grupo personas, y en estas circunstancias debemos atender en pro de los derechos del menor.

Los adoptantes que en el caso, vienen hacer las parejas homoparentales debemos considerar que ellos tienen derechos, que hay que respetarlos y hacerlos parte de nuestra sociedad sin desconocer la Constitución Política y derechos fundamentales. La homosexualidad es legal desde el año 1981, la edad de consentimiento sexual heterosexual y homosexual igual; edad de consentimiento homosexual son los 14 años, tiene protección legal contra la

³⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 en París.

discriminación laboral, bienes y servicios en todos los aspectos protección legal de pareja, acceso igualitario a la unión civil, matrimonio entre personas del mismo sexo (queda bajo reserva del juez o notario usar el término matrimonio), derecho de adopción conjunta (sólo si en la pareja uno es el padre/madre biológico), derechos de género, cambio de sexo legal, cambio de sexo en documentación, Servicio militar y donación de sangre. Sabemos que los derechos, valores y principios son progresistas, por ello es que las leyes se van haciendo contemporáneas al tiempo de hoy y debemos ser conscientes de estos cambios en nuestra sociedad.

1. El papel que juega el Estado es como institución de las tres ramas que tienen, ya que no pueden resolver casos que van más allá de sus poderes, debe haber conciencia ya que el legislativo debe hacer estas leyes, y la Corte se ha pronunciado en diferentes ocasiones, ya que ellos solo pueden resolver para interpartes y excepcionalmente para todos.

3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El estudio y la solución al problema planteado, podría contribuir innegablemente a transformar, evolucionar y cambiar el tema relacionado con la adopción homoparental en Colombia.

En efecto, la Corte Constitucional, resolvió por medio de la Sentencia SU-617 de 2014, el caso de la adopción por consentimiento, esto es, cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente. En ese orden, estableció que la orientación sexual de la pareja adoptante no puede ser tenida en cuenta como condición para poder adoptar; puesto que a la luz del texto constitucional dicha imposición se configura como una discriminación negativa, proscrita en la concepción humanista de la Carta Política y los instrumentos internacionales de protección, quedando condicionada a que “las parejas del mismo sexo solo

pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”³⁶.

Así mismo, dicho pronunciamiento se caracterizó por ser la oportunidad para reafirmar el precedente constitucional en materia de reconocimiento de derechos fundamentales de las parejas homosexuales, tal relegados aún en nuestra época, que se supone, se ha caracterizado por promover y respetar la primacía de los derechos fundamentales.

Tal fue el caso de la Señora Turandot, se obliga a someterse a una inseminación artificial en el futuro próximo, con esperma donado de persona determinada y conocida por las dos accionantes; ambas declarantes renuncian a solicitar la declaración de paternidad del donante conocido, y se comprometen a asumir conjuntamente, de manera indefinida y con independencia de una eventual ruptura o separación entre ellas, o de una disolución del vínculo marital, la manutención, la crianza y el cuidado del niño nacido de la inseminación, así como a iniciar el procedimiento de adopción correspondiente, para que Fedora sea reconocida como padre o madre para todos los efectos legales; esta última se compromete a asumir en su integridad las obligaciones asociadas a la relación paterno filial, en caso de que la madre biológica muera o le sobrevenga una circunstancia análoga que le impida ejercer el rol de la maternidad. Sin ser contradictorio que ostenten tal calidad, debido a que por vía jurisprudencial a estas se les han reconocido poco a poco, una serie de derechos que tácitamente sintetizan todas las condiciones necesarias para constituirse como familia.

Dicho fallo en su integridad todavía no se ha publicado y se tiene solo el Comunicado de prensa N°. 6 de febrero 18 de 2015 EXPEDIENTE D-10.315-SENTENCIA C-071/2015 del M. P. Jorge Iván Palacio, en el cual los presupuestos de la sentencia están expuestos y se puede analizar si realmente la sentencia

³⁶ Sentencia SU-617 de 2014

constituye un retroceso o un avance en materia de derechos fundamentales de las personas del mismo sexo y del interés superior del niño en cuanto a la adopción homoparental, tema que actualmente se encuentra demandado.

No podemos desconocer que en materia de adopción, continuamos con una excesiva concentración de la atención, en el interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos sobre aquellos de los demás, debido a que esta constituye la base del desarrollo.

Esto sin mirar muy a fondo que también la igualdad de derechos se torna relevante, lo que hace que todo lo que se aleja del modelo aceptado como convencional es objeto de repudio y de discriminación, razón por la que se tiene que analizar principios fundamentales como lo son la libertad y derechos personalísimos, que forman parte de los atributos inherentes a la persona humana, ya que con la evolución de las costumbres, la homoafectividad el término pretende revelar una realidad además de la expresión sexual, homoafectividad traduce, por lo tanto, el romantismo, el cuidado mutuo, el compañerismo, la entrega, en fin, la extensión y la grandeza presentes en las relaciones estables, en todas las direcciones, exactamente como ocurren en la expresión afectiva heterosexual ha adquirido poco a poco, aceptación social, pues cada vez más gays y lesbianas asumen su orientación sexual y buscan la realización del sueño de estructurar una familia universal con la presencia de hijos quienes resultarían siendo los más beneficiados con esta circunstancia o por otro lado se encuentran posiciones que niegan rotundamente una aceptación a estas condiciones justificando que va en contra de todo aquello que puede constituir un bienestar para los menores. Asimismo, resulta necesario incursionar en las opiniones del entorno a que la sociedad está o no preparada en este momento para que las parejas del mismo sexo adopten, ya que de no serlo, con dicha argumentación se pretende aguardar al momento más oportuno para hacer un cambio trascendental en nuestro país.

En este orden de ideas, debe por tanto nuestra legislación, llegar a un punto en el que la adopción homoparental tome un papel protagonista en nuestro país, sea para decidir si esta es permitida en su forma plena (no solamente basándose en una excepción) o para que esta no sea viable, pero que de tal forma de determine una decisión y no se siga dando un lapso a este tema actual, debemos tener en cuenta ya que el ICBF es una institución del Estado que se encarga de más de 5.000 niños.

En síntesis, es más que evidente que si el interés del menor no es atendido, y no se le garantiza de mejor manera sus derechos, no se podrá llegar a una solución integral del problema planteado, donde en últimas lo que desea nuestra carta magna, es mantener la institución de la adopción y que siga siendo de gran importancia en el transcurrir de los tiempos debido a que la guerra, la violencia, la pobreza, las madres y padres irresponsables o abusadores, dejan un sin número de niños, niñas y adolescentes carentes de familia; convirtiéndose la adopción en un nuevo rumbo de oportunidades que pretende materializar el derecho del menor a tener una familia, esto dado por la especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, se hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos sobre aquellos de los demás, debemos entender que el papel de ICBF es reemplazar una familia o mamá o papá ya que no tienen los niños de esta institución o estos han perdido la custodia y la patria potestad de estos. Hay que mirar que los hogares sustitutos es un hogar de paso que todo niño tiene la ilusión de que sea adoptado, no podemos desconocer esos derechos de ellos, también sabemos que mucho menores llegan por la violencia intra familiar que se ven en sus hogares, por las circunstancias que se ven en cada uno de sus hogares por múltiples factores de la sociedad colombiana hay que hacer más campañas sobre todos estos temas y llegar a las casas de todos los colombianos Para prevenir casos que podríamos lamentar.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

Constituye el objetivo general de la investigación establecer el papel que desempeñan los niños, niñas y adolescentes dentro de lo que se pretende desarrollar como la adopción homoparental en Colombia. Si bien es cierto, esto podemos desarrollarlo desde el punto en que la ley establece el interés superior de los niños, niñas y los adolescentes, donde todas las medidas concernientes a ellos y que se tomen en instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos, siempre tendrán que atender primordialmente a ese interés superior que se ha establecido como derecho fundamental y Constitucional, del cual también entra a formar parte la familia, la sociedad y el Estado, cada uno con la obligación de asistirlos y protegerlos. No aplican en realidad estos parámetros, toda vez, que en la actualidad esos derechos fundamentales y Constitucionales de los menores no se están teniendo en cuenta como un interés superior para cumplir el fin mediato en cuanto adopción se refiere, razón por la cual es necesario hacer el ejercicio jurídico respectivo para encontrar razones por las cuales desde el punto legal se pueda ostentar o no la adopción homoparental en Colombia.

4.2 OBJETIVO ESPECÍFICOS

- Establecer los derechos de los menores de edad en el marco del estado social de derecho colombiano.
- Identificar los mecanismos de protección de los menores de edad en Colombia y sus modalidades.

- Determinar la posibilidad de la adopción de menores por parejas del mismo sexo como mecanismo de cumplir los fines de la protección de los menores en Colombia, específicamente de adopción.

5. MARCO DE REFERENCIA

5.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA

ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

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

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

ARTICULO 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

En Colombia se pueden distinguir varias etapas:

5.2 LA ADOPCIÓN DESDE LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL HASTA LA LEY 140 DE 1960

Los códigos civiles de varios Estados soberanos, a partir de 1850, acogieron la adopción copiándola de la legislación española. Al expedirse el Código Civil, éste tomó la adopción de Estado Soberano de Cundinamarca.

Se consideraba la adopción como un contrato solemne que se tramitaba con licencia del juez, y se otorgaba escritura pública que debía firmar el adoptante, el adoptado, el juez, el notario y dos testigos, y en caso que el adoptado fuera menor, la persona que hubiese prestado el consentimiento para la adopción; de tal contrato surgía entre el adoptante y el adoptado las relaciones que determinaban la ley.

Las condiciones requeridas por el adoptante eran las siguientes: 1. Que no estuviera bajo poder o dependencia de otra persona (C.C., art. 270). Se excluía a los menores, a los interdictos por demencia, por prodigalidad o por sordomudez. La mujer casada podía adoptar conjuntamente con su marido, o con el consentimiento de éste podía adoptar ella si era mayor de 21 años (C.C., art. 270, 274, 275). 2. El adoptante debía ser mayor de edad. 3. Que el adoptante fuera 15 años mayor que el adoptado. 4. El adoptante no debía tener descendientes

legítimos. 5. El adoptante debía ser del mismo sexo del adoptado, pero se permitía la adopción conjunta por conyugues. 6. Para el caso del tutor o curador que quisiera adoptar al pupilo que había estado a su cuidado, se exigía: a) que el pupilo fuera mayor de 18 años, y b) que al guardador se le hubieran aprobado sus cuentas y estuviese a paz y salvo por su administración.

Podía ser adoptado un mayor o un menor, aunque estuviese bajo patria potestad, tutela o curatela. También podía adoptarse a un casado, hombre o mujer, caso este último en el que su consentimiento debía expresarlo su conyugue.

El consentimiento del adoptante se presumía por sus actuaciones y peticiones. Sólo cuando el adoptante estuviera casado, necesitaba el consentimiento de su conyugue. Si el adoptado era mayor y tenía la libre administración de sus bienes, debía él prestar su expreso consentimiento. Si el adoptado era hijo de familia, el consentimiento debía prestarlo sus padres, y en sus defecto sus otros ascendientes. En efecto de estos ascendientes, el consentimiento debía prestarlo su curador general o un curador especial. Si el adoptado estaba bajo guarda, el consentimiento debía prestarlo el guardador.

Para la adopción era necesaria la autorización judicial otorgada por el juez o prefecto del domicilio del adoptado. El juez competente era el civil del circuito. Luego, en la escritura pública se insertaba el permiso del juez; debían suscribirla el juez, el adoptante, el adoptado y, en su caso, la persona que hubiera prestado el consentimiento para la adopción, el notario y dos testigos. La adopción debía registrarse (C.C, art. 349 y 371).

En cuanto a los efectos de la adopción, eran los siguientes:

Generaba parentesco civil entre el adoptante o adoptantes y el adoptado, pero este parentesco no pasaba de las respectivas personas;

Originaba impedimentos, pues era nulo el matrimonio contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que había sido esposa del adoptante;

Padres e hijos adoptivos se debían alimentos necesarios (C.C., art. 411 y 415;

El hijo adoptivo menor de 21 años, o la hija adoptiva menor de 18 años, debían pedir permiso a sus padres adoptantes para contraer matrimonio (C.C., art. 116 y 117); El adoptante y el adoptado adquirían respectivamente los derechos y obligaciones del padre, madre e hijos legítimos. Si el adoptado estaba bajo el poder de tutor o curador, salía de él y quedaba bajo la patria potestad del padre adoptante, o bajo la tutela o curaduría de la madre adoptante, en su caso (art. 281); en materia sucesoria, el art. 282 decía que “El hijo adoptivo puede heredas al padre por testamento en caso de que no haya ascendientes legítimos, y si los hubiere, sólo tendrá derecho a una décima parte de los bienes; pero el adoptante en ningún caso podrá ser heredero del adoptado” . En cuanto a la sucesión del adoptado por el adoptante, el art. 282 del C.C. decía: “El adoptante en ningún caso podría ser heredero del adoptado” .

La opción terminaba por estas causas: a) por revocación; b) por la muerte del adoptante o del adoptado; y c) porque el adoptante tuviera descendencia legítima.

5.3 LA LEY 140 DE 1960

Establecía el art. 270 que para adoptar se quiere que el adoptante se capaz y, por lo menos quince años mayor que el adoptivo.

Se modificó el sistema anterior, así: “No se opone a la adopción el que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos”.

5.4 LA LEY 5º DE 1975

Esta Ley Modifico el Título XIII del Libro 1º del Código Civil.

La Ley 5a no definió la adopción y estableció el requisito de ser 15 años el adoptante mayor que el adoptivo. Asimismo, permitió adoptar aun al adoptante que hubiera tenido o llegare a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos, el marido o la mujer podían adoptar conjuntamente, siempre que uno de ellos fuera mayor de 25 años. El conyugue no divorciado podía adoptar pero con el consentimiento del conyugue con quien convivía. No exigía identidad de sexos entre el adoptado y el adoptante. El guardador podía adoptar a su pupilo, pero debía obtener previamente la aprobación de la cuenta de los bienes de éste que hubiere venido administrando. Se requería el consentimiento de los padres del adoptable, ambos o uso de ellos, en caso de faltar alguno, conforme al art. 3º del Decreto 2820 de 1974.

La ley suprimió la escritura pública y en su lugar exigió sentencia judicial. Distinguió entre la adopción simple y adopción plena. En la adopción simple el adoptivo continuaba formando parte de su familia de sangre, conservando en ellas sus derechos y obligaciones. En la adopción plena cesaban para el adoptado sus vínculos con su familia de sangre. Igualmente, la Ley 5a permitió adopción de menores abandonados luego que el defensor de menores hubiera declarado el estado de abandono de un menor y previo el procedimiento previsto en los art. 8º y 9º del Decreto de 1818 de 1964. El hijo adoptivo se igualo al legitimo para los derechos hereditarios en la sucesión del adoptante. El proceso de adopción correspondía a los jueces de menores de 18 años y si eran mayores de esta edad, la competencia era de los jueces civiles del circuito. El defensor de menores actuaba como representante del ministerio público y además del menor.

La sentencia judicial de adopción plena o simple podía ser apelada ante el tribunal superior del distrito judicial respectivo, y una vez en firme debía inscribirse en la oficina de registro del estado civil.

5.5 LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (LEY 1098 DE 2006)

Este código tiene por finalidad, garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

6. METODOLOGÍA

La metodología utilizada para el logro de los objetivos propuestos en este anteproyecto:

6.1 DESCRIPTIVA

Describe los hechos como son observados y que son pertenecientes a una realidad, como lo es la adopción homoparental, describiendo los componentes principales de esta, para familiarizarnos con este tema y el proceso que se trae con el cambio de leyes, jurisprudencia, derechos, valores y principios constitucionales.

7. DELIMITACIÓN TEMPORAL Y ESPACIAL

Finalmente nos ubicamos en el tiempo y eso reduce la información que deberemos revisar drásticamente, no revisaremos material desde la época antigua sino que podremos revisar material del año 2015, ya que en estos es donde el tema se está tornando de mayor relevancia debido a las decisiones adoptadas, es por ello la intención de resolver un planteamiento sobre un tema de actualidad y de avance jurisprudencial.

La delimitación espacial se va a centrar en el territorio Colombiano, el cual es nuestro país de origen y donde se está llevando a cabo debates de las cortes, magistrados y doctrinarios, expertos en materia constitucional, de familia para desarrollar el tema.

8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES.

	2014- 2015	Sep.	Oct.	Nov.	Dic.	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.
ANTEPROYECTO	Selección y delimitación del tema								
	Planteamiento del problema								
	Estado del arte								
	Justificación								
	Marco Teórico								
	Hipótesis								
	Metodología de investigación								
	Revisión fuente secundaria								
	PRIMER CAPITULO								
	SEGUNDO CAPITULO								
	TERCER CAPITULO								
	CUARTO CAPITULO								
	Conclusiones								
	Lectura del asesor								
	Recomendaciones								Mayo
	Elaboración copia final								Julio
	Entrega								Agosto