



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

LA ADOPCION DE NIÑOS POR PARTE DE PAREJAS HOMOPARENTALES EN COLOMBIA

¿PREVALECE EN INTERES SUPERIOR DEL MENOR FRENTE AL DESEO DE SER PADRES?

*“Los derechos son un papel si no se
incluyen garantías adecuadas”
Luigi Ferrajoli*

Sandra Tatiana Pérez Chavarro^{1,2}

Resumen

Se han venido presentado cambios abruptos en la forma de pensar de un gran número de personas, en especial de los operadores jurídicos, que han optado por tomar un pensamiento fuera de lo común – podría afirmarse sin desacierto, un pensamiento hereje – en casos, como el de la adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas del mismo sexo o parejas homoparentales. Es por esto que para abordar el tema se hará una investigación jurídica de tipo dogmática con metodología de tipo histórico descriptiva, por medio del método sistemático, en donde como primera medida se abordará la institución denominada adopción, se hará un análisis de su concepto y de sus clases desde la perspectiva del marco legal colombiano, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y desde la opinión de los doctrinantes expertos en el tema, y finalmente los requisitos y consideraciones generales para tramitarla en Colombia. Como segunda medida, se analizará la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con relación al concepto de interés superior del menor y a la convención de los Derechos del niño de 1989 como antecedente internacional inmediato del mencionado concepto. Como tercera y última

¹ El presente artículo se estructura como desarrollo del trabajo de investigación realizado por el Autor para cumplir con el requisito de grado del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

² Estudiante de decimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Teléfono: 3144078934, e-mail: stperez22@ucatolica.edu.co, tatyperetz22@hotmail.com, Bogotá DC. Colombia.

medida, se examinarán las garantías de los derechos fundamentales de la población con orientación sexual diversa en Colombia, en relación al concepto de familia.

Palabras clave: Proceso de adopción, estado de adoptabilidad, interés superior del menor, parejas homoparentales, familia.

Abstract

It has been presented abrupt changes in the thinking of a large number of people, especially legal operators who have chosen to take a thought out of the ordinary - it could be said without mistake, a heretic thought - in cases such as the adoption of children and adolescents by same-sex couples or couples homoparental. That is why to address the issue will be a legal investigation of dogmatic type with methodology of descriptive historical type, through the systematic method, where as a first step the institution called adoption will be addressed, an analysis of its concept and will classes from the perspective of the Colombian legal framework, the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court and from the experts on the issue, and finally the general requirements and considerations to deal with it in Colombia. As a second step, the prevalence of the rights of children and adolescents in relation to the concept of interests of the child and to the Convention on the Rights of the Child of 1989 as international history of that concept will be analyzed immediately. As a third and final measure guarantees the fundamental rights of people with different sexual orientation in Colombia, in relation to the concept of family will be examined.

Key words: Adoption process, adoptable, interests of the child , homo couples , family

Introducción

Ha tomado especial relevancia dentro del contexto colombiano el tema de la adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas homoparentales o parejas del mismo sexo, pues con anterioridad, el proceso de adopción realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendiente a restablecer el conjunto de derechos que le han sido vulnerados a esta población en estado de vulnerabilidad no consideraba a estas parejas

como posibles adoptantes dentro del proceso, por el contrario, solamente podían presentar la solicitud de adopción las parejas heterosexuales o de diferente sexo. Esta situación, actualmente fue objeto de análisis por parte del alto tribunal en materia constitucional colombiana, pues, además de ser un tema que generó polarización social, es un tema en el que se ve inmersa la transgresión o vulneración de derechos fundamentales en especial de los niños que se encuentran en estado de adoptabilidad.

En ese orden de ideas es indispensable determinar si dentro del marco jurídico Colombiano, debe prevalecer el interés superior del menor, cuando se solicita la adopción de los niños, niñas y adolescentes por parte de parejas del mismo sexo o si por el contrario no se le puede negar el derecho a adoptar a estas parejas por razón de su orientación sexual diversa, más aun cuando el menor se encuentra en estado de adoptabilidad. Para resolver el anterior cuestionamiento se analizará desde la perspectiva de la orientación sexual, la tensión que se presenta en el actual proceso de adopción para el sistema jurídico colombiano entre el interés superior del menor como principio y, la adopción por parte de parejas homosexuales como derecho.

1. La institución de protección de los menores: La adopción

Gran parte de los niños, niñas y adolescentes del mundo, han nacido, crecido y se han desarrollado en la familia que los ha engendrado. Sus padres, sus madres y en sí, gran parte de su familia durante el transcurso paulatino de su vida están al tanto, pendientes y preocupados por su salud, su alimentación, su educación, su estado de ánimo y en general por todo lo que suceda en su vida. Esta situación ha sido tradicional en gran parte de las sociedades y contextos a nivel mundial, pues desde tiempos inmemorables se le ha dado especial importancia y atención al hecho de ser padres y al hecho de procrear hijos, cuidarlos en sus primeras etapas y sacarlos adelante.

Sin embargo, como una excepción a lo anteriormente señalado, paralelamente también se ha presentado desde bastante tiempo atrás el incumplimiento de los deberes de crianza, cuidado y educación de los niños por parte de sus padres, por medio del abandono. Los

motivos o razones que motivan al abandono de los menores son diversos, pero sin duda los más evidentes son las condiciones de pobreza o aquellas situaciones en donde padre o madre – o juntos – sufren de adicciones tales como alcoholismo o farmacodependencia, que imposibilitan un ambiente sano y libre de violencia para los niños o simplemente, el abandono del menor porque no hay deseo materno es decir, la progenitora no deseaba tener él bebe. Es entonces el abandono de los hijos una “alteración irreversible en la constitución de los grupos familiares, pero especialmente para los niños y niñas implica, la ruptura vincular con su familia de origen, aún antes de haberla conocido”. (ALTAMIRANO & ARMANINI, 2014, p.1)

En cuanto a la relación existente entre la situación de pobreza de los padres de origen de los menores y la adopción, se puede afirmar que es una situación en donde se presenta una imposibilidad de crianza adecuada debido a la carencia de recursos económicos, en este caso opera el supuesto de que “la madre, aún ‘queriendo’ asumir la crianza no puede hacerlo, debido principalmente, a la inexistencia de mínimas condiciones materiales de vida” (ALTAMIRANO & ARMANINI, 2014, p.2) Ahora bien, en cuanto al evento en donde padre o madre o juntos se encuentran inmersos en el problema del alcoholismo, es importante señalar que “debido al deterioro moral, intelectual y social que padecen centran todas sus actividades en la obtención del alcohol (...) hay pérdida del control e incapacidad para abstenerse de beber” (RUIZ & ROS, 2002, p.61), dejando de lado el cuidado de su o sus hijos.

Situación parecida se presenta con la farmacodependencia o también denominado como “un estado psíquico, y a veces físico, causado por la interacción entre un organismo vivo y un fármaco, caracterizado una compulsión a tomar la droga de manera continua” (Real Academia Española, 2014, p.470), es decir, es una enfermedad que afecta la salud mental de las personas, que los pone en una situación de “manifiesta debilidad psíquica” (Corte Constitucional, 2014). Ahora, cuando estas personas son padres, su situación afecta el bienestar de cada uno de los integrantes de la familia, en especial los niños que quedan prácticamente a la deriva con ellos, pues su adicción domina su comportamiento y su vida

diaria optando por satisfacer su deseo a toda costa y no por tener el debido cuidado con sus hijos.

Es por esto que surge la adopción como la institución encargada de la protección de los derechos de los niños, pues ante una evidente falta de atención al cuidado de las necesidades básicas de ellos se hace imperativo recurrir a otro tipo de alternativas que garanticen el adecuado cuidado y el respeto a sus derechos. Es importante señalar que los menores en sí, son sujetos vulnerables, indefensos y débiles debido a que no poseen madurez física y mental, por esto “necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos” (Corte Constitucional, 2012), lo anterior con el fin de que se garantice la inclusión armónica e integral de ellos dentro de la sociedad.

Según el diccionario de la Real Academia Española la palabra adoptar proviene del latín *adoptare*, y hace referencia al “acto mediante el cual se toma legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente” (Real Academia Española, 2014), sin embargo, autores como Sernaqué y Stasiak, han presentado definiciones respecto del tema en mención. El primero afirma que “la adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza.” (SERNAQUÉ, 2005, p.263) El segundo, por su parte señala que “es el acto por el cual alguien se hace hijo de otro (...) es un acto de iniciativa y de amor extraordinario, que cambia la situación desafortunada o trágica de un niño en otra situación favorable o ventajosa” (STASIAK, 2010, p.148)

Es decir, la adopción es un acto humanitario, un acto bondadoso y de suma responsabilidad pues, el hecho de hacerse cargo de un niño, niña o adolescente que ha tenido una vida con antecedentes desfavorables para acogerlo dentro de una nueva familia y asumir el rol de padres. En ese orden de ideas, es claro que el proceso de adopción exige que sea realizado con pleno conocimiento de causa, conocimiento del conjunto de derechos, obligaciones y deberes que tendrán los ahora padres con sus hijos.

1.1 El concepto de adopción desde el marco legal colombiano.

El órgano facultado por el texto superior para la expedición de normas – congreso – expidió en el año 2006, el Código de la Infancia y la Adolescencia, con la finalidad de garantizar a los niños, a niñas y 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. Dicho plexo contiene el conjunto de normas sustantivas y procesales para la protección integral de los menores dentro del contexto colombiano, que a su vez buscan garantizar el ejercicio real y eficaz de sus derechos y libertades, así como el “reconocimiento de estos como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior”. (Congreso de Colombia, 2006, p.1)

Ahora bien, cuando los niños, niñas y adolescentes se ven inmersos en una situación de abandono físico y/o emocional de sus padres o de sus representantes legales, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene la obligación de entrar a restablecerle sus derechos vulnerados, su dignidad humana e integridad como sujetos de derechos. Entendida la dignidad humana según lo dispuesto por la filosofía moral de Immanuel Kant en donde, “cada ser humano está dotado de dignidad –Würde – en virtud de su naturaleza racional.” (KANT, 2007, p. 42)

Según el citado código, más exactamente en su artículo 53, la adopción es una de las medidas de restablecimiento de derechos de los menores – niño o niña de 0 a 12 años y adolescentes de 12 a 18 años de edad – y una medida de protección por excelencia en donde “bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. (Congreso de Colombia, 2006,p. 10)

Según el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

“la adopción por su carácter proteccionista, es una institución jurídica que bajo la suprema vigilancia del Estado tiene como fin fundamental garantizar a los menores de edad que se

encuentran en situación de abandono, un hogar estable en donde puedan desarrollarse armónica e integralmente, y puedan establecer una verdadera familia con todos los derechos y deberes que ello comporta, así como ser asistidos y educados en un ambiente de bienestar y afecto.” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012)

Cabe aclarar que según lo dispuesto por los artículos 61 a 78, 107, 108 y 123 a 127 del citado código, no existe el derecho a adoptar, si no el derecho fundamental del niño, niña o adolescente a tener una familia. (Congreso de Colombia, 2006, p.10-18) lo anterior debido a que la finalidad principal es garantizar el interés superior de los menores como sujetos de especial protección constitucional y además porque los menores no pueden ser considerados como un medio para que dentro de una familia existan hijos, es decir, la motivación de los adoptantes debe ser pensada en pro del reestablecimiento de sus derechos mas no desde la perspectiva del deseo de ser padres.

En este punto es imperativo señalar que el establecimiento de la relación paterno filial por medio de la adopción, significa que los adoptantes serán considerados como padres del menor adoptado, en consecuencia se rompe todo vínculo con la familia de origen y el menor pasa a formar parte de una nueva familia. Es decir, por medio de la adopción surge el parentesco civil, que según lo estipulado por el Código Civil Colombiano “estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre e hijo”. (Consejo Nacional Legislativo, 1887, p.4) Por su parte el Código de Infancia y Adolescencia afirma en su artículo 64 que “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”. (Congreso de Colombia, 2006, p.10) esta situación genera que el hijo adoptivo tenga relación familiar con los ascendientes de sus ahora padres – es decir, sus abuelos, bisabuelos y tatarabuelos dependiendo el caso – con los hermanos o hermanas de estos – es decir, sus tios o tias – con los hijos de los hermanos de sus padres – es decir, sus primos – y con los cónyuges o compañeros permanentes de sus tios o tias que serian sus parientes por afinidad.

Ahora bien, al presentarse la adopción se presentan dos fenómenos a saber, la filiación y el surgimiento de la patria potestad sobre el menor por los ahora padres adoptantes. En cuanto a la filiación el alto tribunal constitucional colombiano ha señalado que

“Es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como la relación de patria potestad (...) a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia y el respeto a la dignidad humana” (Corte Constitucional, 2015)

Es decir, la filiación consiste en la relación que existe entre padre o madre e hijo o hija, en este caso, en relación con la adopción serían los padres adoptantes que entrarían a tener obligaciones y responsabilidades con su ahora hijo o hija, como la manutención, la crianza del menor, la educación, entre otros. De otro lado, es importante señalar que del vínculo filial también se derivan derechos de tipo sucesoral, pues al ser hijos adoptivos, pueden entrar a suceder a sus padres en caso de que fallezca, es decir se encuentran en igualdad de condiciones con los hijos legítimos y extramatrimoniales.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha definido la patria potestad como una “institución instrumental propia del régimen paterno-filial, diseñada para la protección, bienestar y formación integral del menor de edad no emancipado (...) que surge por ministerio de la ley y que sirve en últimas para realizar el interés superior del niño”. (Corte Constitucional, 2015)

Dicha institución instrumental, ha sido regulada normativamente desde bastante tiempo atrás dentro del contexto colombiano, en primer lugar el Consejo Nacional Legislativo en el año de 1887 expidió la Ley 57 o Código Civil Colombiano, en donde definió el mencionado concepto en el título XIV denominado de la patria potestad, determinando en el artículo 288 que “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados, estos derechos no pertenecen a la madre” (Consejo Nacional Legislativo, 1887, p.26). Posteriormente, en el año 1936 el órgano ahora competente denominado Congreso de Colombia modificó la anterior disposición citada por

medio de la expedición de la Ley 45 – sobre reformas civiles en materia de filiación – señalando en el artículo 13 que “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados (...) ejerce estos derechos el padre y, a falta de éste, por cualquier causa legal, la madre”(Congreso de Colombia, 1936, p.3), es decir, establece los derechos también para la madre de los hijos no emancipados, pero solamente cuando por cualquier causa el padre no pueda ejercerlos.

Más adelante, en el año de 1968 se subrogó – es decir se sustituyó la norma por otra – lo establecido en el artículo 13 de la Ley 45 de 1936, por medio de la expedición de la Ley 75 por parte del órgano legislativo que conservaba el nombre de Congreso de Colombia, en donde se dictaron nuevamente normas en materia de filiación y en donde además, se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Dicha norma en su artículo 19 determinó que “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (Congreso de Colombia, 1968, p.10), es decir, eliminó lo concerniente a padres legítimos y se estipuló solo el concepto de padres.

Finalmente en el año 1974, el Ministerio de Justicia promulgó el Decreto 2820 en donde se otorgó iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, dicho acto de la administración en su artículo 24 determinó que “corresponde a los padres conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro” (Ministerio de Justicia, 1975, p. 9). Actualmente el Código Civil colombiano recoge lo establecido por la Ley 75 de 1968 en su artículo 19 y lo dispuesto por el Decreto 1820 de 1974 en su artículo 24 antes mencionado, en cuanto al concepto de la patria potestad.

1.2 El concepto de adopción desde el punto de vista jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana.

Por mandato de la Constitución Política de 1991, la jurisdicción constitucional está en cabeza de la Corte Constitucional, órgano al cual se le confió la guarda de la integridad y supremacía del texto superior. (Constitución Política, 1991, art. 241) El alto tribunal en

materia constitucional por medio de sus fallos a realizado diversas interpretaciones del concepto de adopción en Colombia.

En los fallos proferidos respecto a la materia objeto de estudio, el cuerpo colegiado hace un análisis exhaustivo de la figura de la adopción como medida de protección al menor para garantizar su derecho a tener una familia y suplir las relaciones de filiación, tomando como premisa argumentativa lo establecido por el texto superior en primer lugar, en relación con el derecho fundamental de los niños a tener una familia (Constitución Política, 1991, art. 44), en segundo lugar, la concepción de la familia como núcleo fundamental de la sociedad e institución básica de la misma (Constitución Política, 1991, arts. 5, 42), y en tercer lugar, la obligación que posee el Estado de asegurar el eficaz ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de abandono.

En cuanto a la obligación del Estado antes mencionada con anterioridad se preciso que “es el Estado quien debe ejercer la defensa de los derechos derechos de los niños, al igual que su cuidado y protección” (Corte Constitucional, 1999) es decir, el Estado debe otorgar especial atención y protección a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, ocasionada en este caso por la situación de abandono en que se encuentra el niño, niña y adolescente, mediante la creación de políticas que busquen en primer termino dar prevalencia al interes superior de los menores y en segundo termino, que busquen que sus derechos no sean letra muerta escrita en el texto superior, por el contrario, deben ser políticas que garanticen el ejercicio real y eficaz de sus derechos fundamentales.

En primer lugar, en el año 1994 se presento la acción de tutela por la menor Diana Patricia Gutiérrez Utima contra sus progenitores Blanca Lilia Utima Rivera y Oscar Gutierrez Lizarazo, en síntesis, afirmo la tutelante que su madre biológica, la señora Blanca Lilia Utima Rivera, la entregó al cuidado de quienes ella considera sus verdaderos padres, los esposos Luis Antonio Vargas Mateus y Blanca Dignora Bedoya Trujillo, cuando ella tenia cinco años de edad, no obstante, días anteriores a la interposición de la tutela el señor Oscar Gutierrez Lizarazo se hizo presente en la vivienda donde habitaba la menor, y le afirmó, que se le iba a llevar porque era su padre biológico, siendo ese el motivo con el que

fundamenta la acción la menor. Sin embargo, cabe anotar que la menor acudió a la acción de tutela como mecanismo transitorio pues, para la fecha se encontraba en trámite el procedimiento de declaratoria de abandono por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Para la época, se encontraba vigente el Código del Menor – actualmente derogado – en este se establecía como medidas de protección la colocación familiar, también denominada hogar sustitutivo y la iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono, entre otros. (Congreso de Colombia, 1988, art. 57) Es decir, la denominada colocación familiar era considerada como una medida de carácter provisional, mientras se adelantaba el proceso administrativo por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mas no era considerada como una medida de tipo definitivo.

Sin embargo, preciso la Corte que en este caso, que “El derecho del menor a tener una familia, no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta” (Corte Constitucional, 1994), es decir, se tomo como fundamento el interes superior del menor, ya que el hecho de sustraer a la menor de la familia sustitutiva que le estaba brindando protección, amor y educación, era violatorio de sus derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separado de ella, al cuidado y amor y a la libre expresión de su opinión.

En cuanto a la adopción señalo el alto tribunal que “es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen” (Corte Constitucional, 1994) sin embargo, en este caso aún no se encontraba la menor en situación de adoptabilidad, debido a que estaba incurso el trámite de declaratoria de abandono de la menor, que es el acto previo al proceso de adopción.

Mas adelante, en el año 1995 el alto tribunal constitucional se pronuncio respecto del concepto de adopción, al conocer la demanda de inconstitucionalidad propuesta por las señoras Judy Amanda Wilson y Ceilys Riveira Rodríguez en contra del inciso segundo del artículo 94 del Código del Menor. La disposición demandada determinaba que “el consentimiento del padre o madre menor de edad tendrá plena validez si se manifiesta con

las formalidades señaladas en el inciso anterior” (Congreso de Colombia, 1988) no obstante, para las actoras norma parcialmente acusada desconocía el derecho fundamental de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella, pues según su parecer, los padres menores de edad aún son incapaces, se encuentran bajo la patria potestad de sus padres y además no cuentan con la suficiente madurez psicológica para comprender su actuación.

Por esta razón la Corte Constitucional, al conocer de la acción considera pertinente abordar el concepto de adopción afirmando que:

La finalidad de la adopción es la de crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre (...)no se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre. (Corte Constitucional, 1995)

Es decir, dentro del contexto colombiano la figura de la adopción tiene como finalidad el establecimiento de una relación de padre e hijo, como lo que anteriormente se decía en el común, el prohijamiento de una persona, en donde el prohijado menor de edad ingresa a la familia del que lo prohija y en donde además se le garantiza un hogar adecuado y estable para su sano crecimiento.

Posteriormente, en el año 1998 la Corte conoció la tutela instaurada por María del Pilar Martínez en contra de la división de adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La actora en el texto de tutela manifestó en primer lugar, que era una menor abandonada por sus padres desde el año 1992, en segundo lugar afirmó que había sido ubicada en el lugar denominado Ciudadela de la Niña, pues no tenía ningún lugar en el cual vivir y en tercer lugar explica, que apartir del año 1996 fue apadrinada por los esposos Jacques y Brigitte Ribant, sin embargo, ellos deseaban adoptarla, razón por la cual expresaron a la división de adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su interés en iniciar los trámites pertinentes para lograr su adopción. No obstante, dicha división negó la petición elevada por la familia Belga, argumentando que la adopción

solicitada podría causar traumatismos familiares entre la hija biológica de los Ribant y la niña Maria del Pilar – accionante – sin probar de forma racional o científica su decisión.

Una vez proferidos los pronunciamientos pertinentes para el caso, la Corte en las consideraciones analiza el concepto de adopción en relación con la negativa de la familia biológica de la menor de acogerla en su familia, según su argumentación, “la institución más efectiva para restablecer el derecho de los menores abandonados es la adopción (...) garantiza al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar” (Corte Constitucional, 1998). En ese orden de ideas, la Corte determinó en síntesis que la mala elaboración de las políticas, planes y programas para el proceso de adopción de los niños era un factor que vulnera directamente tanto de los derechos fundamentales de los menores que dada su condición desean ser acogidos a un núcleo familiar, y también de las personas que desean adoptarlos.

Mas adelante en el año 1999, por medio de la demanda de inconstitucionalidad parcial propuesta contra los artículos 89, 91, 95 y 98 del Código del Menor instaurada por el señor Juan Manuel Urrutia Valenzuela, se solicito que se entendiera de manera más amplia el sentido de las normas acusadas para que el hijo de uno de los compañeros permanentes pueda ser adoptado por el otro. El alto tribunal en materia constitucional colombiana determino en este caso respecto del concepto de adopción que su proposito principal es “dar protección al menor garantizándole un hogar adecuado y estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral, no sólo en su aspecto físico e intelectual sino también emocional, espiritual y social” (Corte Constitucional, 1999) Es decir, según el argumento presentado, el adoptante tiene una obligación especial con el adoptado, pues no solo se debe encargarse de cuidarlo y asistirlo cuando este lo necesite, sino que además, tiene que ser parte activa en su educación, amarlo como si fuera su hijo natural y finalmente, dotarlo del conjunto de condiciones que sean indispensables para que el niño crezca en un ambiente sano, adecuado, lleno de afecto y de solidaridad. Es importante señalar que en este fallo de constitucionalidad la Corte Constitucional en cabeza del ilustre jurista Carlos

Gaviria Diaz, sigue la línea jurisprudencial en materia del concepto de adopción en cuanto a su importancia y relación con los derechos fundamentales de los niños.

Dos años después del anterior pronunciamiento la Corte nuevamente se pronuncia respecto del concepto de adopción mediante el fallo de constitucionalidad de enero 31 de 2001, en donde se demandó parcialmente el artículo 89 del Código del Menor por parte del señor Jorge González Jácome, en el texto de demanda el actor afirma que la disposición objeto de demanda al establecer la edad de 25 años como requisito para adoptar, vulnera el derecho a la igualdad consuetudinaria, afirma que no es un criterio razonable de diferenciación respecto de quienes pueden tener hijos gracias a la naturaleza.

Por su parte la Corte al hacer las consideraciones pertinentes, analiza el concepto de adopción con una previa manifestación de apoyo hacia aquellos menores que se encuentran en situación de abandono, afirmando que “la adopción no pretende que quienes carecen de un hijo puedan llegar a tenerlo sino, que el menor que no tiene padres pueda llegar a ser parte de una familia (...) intenta materializar el derecho del menor a tener una familia” (Corte Constitucional, 2001), es decir se reafirma la idea de que existe el derecho a ser adoptado pero no a adoptar.

En el mismo año, pero en un pronunciamiento diferente determino que “ la adopción es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen”.(Corte Constitucional, 2001) Es decir, la consecuencia inmediata de adopción, consiste en el establecimiento de una relación de padre o madre a hijo, sin embargo según el parecer de la Corte, no solo se limita a esto, además, es una forma por medio de la cual se incorpora al hijo adoptivo a la familia del adoptante, es decir, entra a formar parte de dicha familia y así se satisface de forma efectiva el derecho fundamental de todo menor a hacer parte de una familia.

Cinco años después, en la demanda de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 1040, 1046 y 1240 del Código Civil colombiano, propuesta por el señor José Alejandro Mejía Giraldo, analizo la adopción y su evolución legislativa, se entiende del análisis realizado que debido al cambio de la filosofía que inspiró la figura de la adopción ha sido

necesario adecuar el sistema normativo colombiano en la materia de acuerdo a las transformaciones de cada época.

“Inicialmente, dentro de una concepción que favorecía el interés del adoptante, la adopción tuvo como propósito dotar de un hijo a quien no lo había querido o no lo había podido engendrar y también brindar consuelo a los ancianos. Con posterioridad, la intención que guió el mantenimiento de la figura fue la de ofrecer protección al adoptado y, entonces, la adopción persigue proporcionarle una familia al menor que carece de ella.” (Corte Constitucional, 2006)

Por esta razón es importante entrar a abordar las diferentes normas que han existido en Colombia respecto a la figura de la adopción, para así comprender la evolución que ha tenido el concepto e importancia de la misma.

En el texto original del Código Civil colombiano indicaba en el artículo 269 que la adopción “es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza. El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado” (Consejo Nacional Legislativo, 1887), es decir, consistía en admitir en lugar del hijo a aquel que no lo era por naturaleza y además sólo se permitía cuando el adoptante no tuviera hijos legítimos.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 140 del 30 de diciembre de 1960, se permitió adoptar aún cuando se tuvieran hijos legítimos o extramatrimoniales, se estipuló dentro del articulado que “no se opone a la adopción el que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos, naturales o adoptivos”. (Congreso de Colombia, 1960), no obstante se mantuvo el concepto de adopción plasmado en el texto original del Código Civil.

Quince años después, se expidió por el órgano legislativo la Ley 5°, en esta disposición normativa se profundizó la tendencia en cuanto al concepto de la adopción, pero se estableció un cambio, la adopción ahora debería ser concebida en favor del menor que ha sido abandonado por sus padres de origen, razón por la cual determino que el texto original del artículo 269 Código Civil debía señalar que “podrá adoptar quien se encuentre en

condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años” (Congreso de Colombia, 1975).

Esa línea normativa se mantuvo hasta 1989, año en el que fue expedido el Código del Menor por medio de decreto, en dicho acto con fuerza de ley se generó un cambio en el concepto de adopción pues se catalogó como una medida de protección por excelencia de los niños, niñas y adolescentes, así mismo se definió como aquella medida que tiene como finalidad “establecer una “relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. (Presidente de la República de Colombia, 1989). Es importante señalar que para la época de expedición del presente fallo, aun no había sido expedido el Código de Infancia y Adolescencia razón por la cual no se abordó dentro del avance normativo.

Siguiendo con el avance jurisprudencial en materia del concepto de adopción, en el año 2009, época para la cual había sido expedido el Código de Infancia y Adolescencia se demandó la inconstitucionalidad parcial del inciso primero del artículo 68 de dicho Código en mención por parte de la señora Andrea Vega Rodríguez. Dicha disposición determinaba que dentro del proceso de adopción debía existir idoneidad física por parte del adoptante, razón por la cual la actora considero que se vulneraban los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, en razón al trato discriminatorio que se les daba dada su condición, a su vez considero que se les impedía la posibilidad de conformar una familia por la vía de la adopción.

Debido a que el tema central de la demanda propuesta era la adopción, la Corte abordó lo referente a su concepto y finalidad primordial. En cuanto al concepto de la medida de protección denominada adopción afirmo que es “un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto” (Corte Constitucional, 2009), es decir, conservo la concepción de la adopción como una medida eminentemente protectora de los menores en estado de abandono que busca siempre la prevalencia del interés superior de estos como sujetos en condición de debilidad manifiesta.

1.3 Las clases de adopción

Dentro del contexto normativo colombiano existían dos tipos de adopción, por un lado se encontraba la adopción simple y por el otro la adopción plena. Según la Ley 5° de 1975, mas exactamente en el artículo 278, por medio de la adopción plena “ el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre (...) carecen los padres y demás parientes de sangre de todo derecho sobre la persona y bienes del adoptivo” (Congreso de Colombia, 1975), es decir, se entendía como aquella forma por medio de la cual los adoptivos se integran a la familia del adoptante y pierden los vínculos familiares.

En cuanto a la adopción simple se estipulo en el artículo 277 de la citada Ley que “el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones” (Congreso de Colombia, 1975), en este caso, se determino como una medida de apoyo para aquellas personas que se encontraban inmersas en una precaria situación económica, razón por la cual, la persona que adoptaba asumía su cuidado y todo el conjunto de obligaciones, tales como educación alimentación, vestuario y vivienda, no obstante en este tipo de adopción el adoptado no pierde de totalmente los vínculos con su familia biológica.

Posteriormente, en 1988 se le concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la Republica para que expidiera el Código del Menor. En dicha disposición normativa se determinó exactamente en el artículo 103 que “ a partir de la vigencia del presente código, eliminase la figura de la adopción simple” (Congreso de Colombia, 1988), es decir, se considero necesario sacar del ordenamiento juridico colombiano la adopción simple, porque su permanencia dentro del sistema juridico generaba dualidad en materia de derechos y obligaciones para los padres adoptivos y para los padres biológicos debido a que coexistia el parentesco consanguineo y el civil de manera paralela, en otras palabras, se creaba confusión en cuanto a los efectos de la patria potestad, impidiendo la debida protección jurídica del menor.

Finalmente, es importante señalar actualmente se encuentra vigente el Código de Infancia y Adolescencia y no el Código del Menor, sin embargo, la norma vigente conserva en su

totalidad lo establecido por la disposición derogada en cuanto a la eliminación de la adopción simple, pero, inovo precisando que el parentesco civil que surge de la adopción se debía entender extendido a todos los grados y líneas de su nueva familia, es decir, el menor adoptado ingresa a su nueva familia como si fuera un hijo biológico.

1.4 Requisitos y consideraciones generales para tramitar la adopción en Colombia.

El Código de Infancia y Adolescencia, es la norma rectora en materia de adopción por lo cual dentro de su plexo normativo se han señalado el conjunto de normas sustanciales y procesales que se deben tener en cuenta al momento de iniciar con el proceso de adopción, sin embargo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha proferido teniendo como fundamento la norma rectora antes mencionada el lineamiento técnico administrativo del programa de adopción en Colombia.

En primer lugar la norma base estableció el requisito de idoneidad moral, mental y física para poder adoptar. La idoneidad moral basicamente consiste en que las personas que pretenden adoptar garanticen al menor un entorno adecuado en donde “potencie su desarrollo integral acorde con los criterios éticos imperantes en nuestra sociedad” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2016), es decir, no habrá idoneidad moral si los cónyuges o compañeros permanentes han tenido condenas por delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexual de los menores, como en el caso del acceso carnal violento con menor de 14 años o persona incapaz, y el acto sexual violento. Para determinar si se cumple este requisito se analiza el certificado de antecedentes judiciales de los adoptantes.

Por su parte la idoneidad mental, según lo establecido por autoridades internacionales, nacionales, y la literatura en la materia, esta compuesta por elementos como la salud mental, la capacidad vincular y un ambiente familiar adecuado

La Organización Mundial de la Salud define la salud mental como “un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad” (Organización Mundial de la Salud, 2013), por su

parte la Academia Nacional de Medicina de Colombia plantea que “el equilibrio mental de las personas adoptantes debe estar totalmente libre de cualquier tipo de enfermedad mental que se encuentre en curso” (Academia Nacional de Medicina, 2005, p. 187), es decir, aquellas personas que padecen algún tipo de trastorno mental o de personalidad, cuadros psicóticos permanentes e incapacitantes y adicción a las drogas o al alcohol, no son aptas para adoptar.

Ahora bien, según Bermejo (2006) la capacidad vincular es la “capacidad humana para establecer vínculos emocionales (...) se refiere a la conducta de búsqueda y mantenimiento de la proximidad de una o más figuras referenciales” (p.118), es decir, se refiere a la capacidad de relación que pueden llegar a tener los adoptantes con el niño, niña o adolescente.

Finalmente, el elemento ambiente familiar adecuado, se refiere a lo estipulado por la Convención de los Derechos del Niño respecto de la importancia de un entorno familiar que garantice el respeto y las condiciones para el ejercicio eficaz de los derechos de los menores, siempre pensando en su desarrollo integral.

Por su parte la idoneidad física, como su nombre lo indica hace referencia a que los adoptantes se encuentren corporalmente bien, según el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “se establece de acuerdo con certificación médica expedida por un profesional debidamente registrado y de acuerdo con la legislación vigente”. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2016). Por otra parte la idoneidad social básicamente hace referencia a la capacidad de la familia adoptante en determinar cuáles son las necesidades principales del menor que adoptaran, se establece “a partir del estudio sistémico de las condiciones psicosociales de cada uno de los solicitantes, de sus hijos, de los miembros de su familia extensa, de la comprobación de antecedentes sociales y del entorno” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2007).

Otros requisitos para adoptar según lo establecido por el Código de Infancia y adolescencia en su artículo 68 son “ser plenamente capaz, tener 25 años de edad cumplidos, tener al menos 15 años más que el adoptable” (Congreso de Colombia, 2006)

2. Prevalencia de los derechos de los niños. Niñas y adolescentes.

2.1 El concepto de interés superior del menor

El interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos de los niños. Sin embargo, antes de abordar como tal el concepto del principio de interés superior del menor es pertinente y necesario aclarar el concepto de principio dentro de un sistema jurídico.

Diversos autores han abordado el concepto de principio, sin embargo, dentro de las diferentes apreciaciones presentadas a lo largo de la historia por los autores, han tenido especial trascendencia y relevancia dentro del campo del derecho las realizadas por Robert Alexy – jurista Alemán – y Ronald Dworkin – filósofo y jurista Estadounidense –.

En primer lugar, Alexy (1993) afirma que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...) por lo tanto son mandatos de optimización”(p. 86). Concebir los principios como un mandato de optimización implica tener en cuenta que según su fundamento deontológico o deber ser se manifiestan en sentido amplio como un mandato, una prohibición y una permisión; dichos mandatos tienen carácter de optimizadores dentro del sistema normativo en primer lugar porque su cumplimiento se realiza en diferente grado y en segundo lugar porque el cumplimiento está sujeto no solo al conjunto de posibilidades reales dentro de la sociedad, sino que también está sujeto al conjunto de posibilidades jurídicas.

En síntesis para Alexy (1993) los principios son “razones para juicios concretos de deber ser” (p. 83), es decir, para el los principios son normas porque señalan lo que debe ser por medio de su formulación deóntica. De forma simultánea, explica que “poseen carácter de generalidad (...) son abstractos” (p. 83) – en contraposición con las reglas que poseen un carácter de especialidad con baja generalidad y que por lo tanto son concretas, pueden ser cumplidas sí o no. En ese orden de ideas, siguiendo la línea argumentativa de Alexy, toda norma es o un principio o una regla, estos dos conceptos se diferencian básicamente en su forma de cumplimiento, pues mientras un principio se puede cumplir en diferentes grados

– como se mencionó anteriormente desde el aspecto factico y jurídico – la regla se cumple sí o no, es decir, se hace o no exclusivamente lo que la regla prescribe.

En conclusión, para Alexy los principios son normas que básicamente ordenan que algo determinado se realice pero de acuerdo a posibilidades fácticas y jurídicas, y cuando dos principios de contraponen – por ejemplo cuando un principio establece que algo se encuentra permitido y otro determina que eso mismo está prohibido – denominados por el cómo principios opuestos, se hace necesaria la ponderación, en donde “uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro” (ALEXY, 1993, p. 89), es decir, no se hace un análisis de validez de los principios – cuestión que si se realiza ante un evidente conflicto de reglas – sino que se realiza un análisis en donde la premisa es que cada principio posee un peso diferente, por lo tanto, dentro dentro de un caso concreto primara el principio que mayor peso tenga.

En segundo lugar, según Dworkin (1977) los principios son “estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72), es decir son estándares que constituyen la dimensión ética y moral del ordenamiento jurídico, por lo tanto se comprende que sería procedente demandar la inconstitucionalidad una norma – entendida desde la perspectiva de Dworkin como una regla de conducta – que vulnere o que sea contraria a un principio. Lo anterior se traduce en el valor normativo que poseen los principios, en donde, “los particulares y las autoridades pueden solicitar su cumplimiento, para así lograr su plena garantía” (ENTERRÍA, 1981: 16), es decir, poseen valor normativo porque se puede solicitar su protección y garantía ante las autoridades competentes, para lograr de esta manera que el estándar sea eficaz de forma directa.

No obstante, a pesar de que poseen valor normativo los principios, no pueden ser considerados como normas jurídicas, pues:

“los principios y las normas jurídicas poseen una diferencia de tipo lógico (...) las normas son aplicables de manera disyuntiva – es decir, la norma es válida o no lo es – y pueden

tener excepciones (...) los principios, enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular” (DWORKIN, 1977, pp. 74-75)

En ese orden de ideas, para el citado autor la aplicación de los principios no conduce a una única consecuencia jurídica cuando se dan las condiciones que han sido previstas, porque como se mencionó enuncian solamente razones, por lo tanto, no exigen una decisión de tipo particular. Por otra parte, los principios a diferencia de las normas jurídicas, poseen un peso o un nivel de importancia dentro del sistema jurídico, en contraposición a lo anteriormente señalado, “ al hablar de normas o reglas, se puede decir que son o que no son funcionalmente importantes” (DWORKIN, 1977, p.78), es decir, para analizar la importancia de la norma jurídica se tiene en cuenta su relevancia en la regulación del comportamiento humano.

Ahora bien, dentro del contexto colombiano, el texto superior – Constitución Política de 1991 – no solo es un plexo contenido por reglas de conducta que deben ser obedecidas por ser validas – en tanto son producidas por la autoridad competente y cumpliendo las formas existentes en materia de producción legislativa – y de obligatorio cumplimiento, sino que también está constituida por principios que empiezan a ser reconocidos de forma explícita desde el preámbulo – que por cierto, posee fuerza vinculante dentro del marco constitucional – como la vida, la convivencia, el trabajo, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Mas adelante, dentro del catálogo constitucional se aprecia en el título I, el encabezado denominado, de los principios fundamentales, en donde se comienza haciendo referencia a la forma de estado adoptada por Colombia – Estado Social y Democrático de Derecho – y a los principios fundamentales dentro del mismo – democracia, participación, pluralismo, dignidad humana, solidaridad entre otros –. Continuando con la lectura, de forma simultánea y en relación con el interés superior del menor se encuentra en el artículo quinto el establecimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona, es decir, aquellos derechos que no pueden ser negados a una persona, pues constituyen parte de su esencia.

Sin embargo, como se menciono inicialmente, el interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos de los niños, es decir, es un estándar o un

mandato que exige darles prevalencia a los menores respecto de las demás personas, que se ha catalogado dentro del contexto colombiano como un derecho económico social y cultural, es decir la norma constitucional que establece los derechos fundamentales de los niños, no se encuentra dentro del título de los derechos fundamentales y tampoco dentro del denominado de los principios fundamentales, sin embargo, su redacción se hizo en forma de principios, en decir es una norma con redacción de principio que tiene valor vinculante, por lo tanto, “ el interes superior del menor, informa a nuestro ordenamiento jurídico con la amplitud y energía de un principio” (HERNÁNDEZ, 2007, p.64)

El interes superior del menor, es un concepto amplio con una pretension de tipo general que ha según la doctrina esta compuesto por dos componentes a saber, uno negativo y uno positivo. En su aspecto positivo, este concepto hace referencia a “ una ventaja afectiva para el niño, niña o adolescente” (HERNÁNDEZ, 2007, p.62) y en su aspecto negativo se ha establecido que “ busca evitar un perjuicio o una previsible desventaja para el menor” (HERNÁNDEZ, 2007, p. 63). Se deduce entonces, que juntos componenets son compatibles entre si, que se pueden presentar de forma conjunta – como cuando se busca darle al menor las mejores condiciones de vida y de forma paralela se busca evitar riesgos o perjuicios futuros – o de forma alternativa – en el caso de que se quiera solo mejorar sus condiciones de vida o solo evitar riesgos al menor.

Es importante precisar que el concepto de interés analizado desde el punto de vista de categoria jurídica fue abordado por Rudolf Von Ihering, en donde por medio de una concepción fundamentalmente empirista – es decir, basada en la experiencia – del concepto en mención afirmo que “ el interés es el principal motor de toda conducta humana” (RESA, 2000, p.435), es decir, es un concepto de tipo subjetivo que se traduce basicamente en un sentimiento que se posee por unas condiciones de vida determinadas que produzcan felicidad y satisfacción personal. En ese sentido el interes superior del menor, fue catalogado como un modelo de conducta para una sociedad determinada, en donde la conducta basicamente consiste en comprender que los menores son sujetos de especial protección, por su estado de infensión respecto de las demas personas, dicha primacia, dentro del contexto colombiano ha sido establecida primero como un standard jurídico y

luego como una regla de conducta de tipo o carácter constitucional indeterminada – pues hace referencia a una realidad sin unos límites claramente definidos – que a lo largo de la historia ha servido como parametro jurídico orientador para el operador jurídico en materia de protección de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, el legislador colombiano en ejercicio de su función creadora de normas, también se encargó de definir el concepto de interés superior del menor por medio de la expedición del Código de Infancia y Adolescencia, en donde en su articulado determinó que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (Congreso de Colombia, 2006), es importante señalar dicho imperativo fue establecido para las personas – sociedad y familia – y para el Estado colombiano también.

Ahora, la Corte Constitucional colombiana precisó cuáles son sus características fundamentales y señaló que, en primer lugar, es un interés real, en el sentido de que busca satisfacer las necesidades y especiales aptitudes de los menores, en segundo lugar, determinó que es un interés autónomo, porque su existencia y protección no depende del criterio que las demás personas tengan del mismo, en tercer y último lugar, explicó que es una garantía, pues su finalidad fundamental es el desarrollo integral y sano de los menores de edad. (Corte Constitucional, 1995)

En ese orden de ideas, cuando se busca determinar y establecer el interés superior del menor se debe tener en cuenta que no todos los casos son iguales, por lo tanto se debe realizar el proceso determinativo observando las circunstancias específicas de cada caso en concreto.

En síntesis, el interés superior del menor es un mandato que básicamente busca que a los niños, niñas y adolescentes se les otorgue un trato preferente, en tanto son sujetos de especial protección, y en donde además se busca garantizar su desarrollo integral – es decir, desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad – y armónico como miembro de la sociedad.

2.1.1 La convención de los Derechos del niño de 1989 como antecedente internacional inmediato del concepto de interés superior del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1989, en donde se establece a grandes rasgos que los niños son sujetos de derechos y que merecen una especial protección por parte de los Estados. Sin embargo antes de analizar el concepto de interés superior del menor en el mencionado tratado se hará una breve análisis del concepto de tratado y la importancia de estos dentro del ordenamiento interno de un país, en específico de Colombia.

Según García Cuadrado (2012) un tratado internacional es “ un pacto o convenio realizado entre Estados que se encuentra sometido a las reglas de Derecho Internacional Público” (p. 275).

Según Pisani (1986) “son el pilar fundamental del sistema jurídico internacional, que fomentan las relaciones entre las partes, hacen posible la creciente internacionalización de la comunidad dentro de normas que contribuyen a la codificación y desarrollo del derecho internacional y como su fuente más importante” (p.8)

Por su parte la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, establece en su artículo segundo titulado términos empleados, que los tratados son “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional” (Naciones Unidas, 1980, p. 443)

Ahora bien, dentro del sistema colombiano, existe el denominado bloque de constitucionalidad, que puede entenderse como “un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental” (GARCÍA, 2005, p.231) o como “la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional” (UPRIMY, 2005, p.2) lo anterior significa que un texto constitucional no es de carácter cerrado en su totalidad, sino por el contrario se encuentra contenido por las normas superiores inmersas en el y por las reglas o principios que a pesar de no estar contenidas en el texto superior, tienen importancia y relevancia dentro del sistema normativo colombiano por ende tienen

rango constitucional. Como en el caso del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, que señala de forma expresa que ciertos tratados que versen sobre derechos humanos poseen rango constitucional, si y solo si han sido ratificados por el organo legislativo colombiano y siempre y cuando prohiban la limitación de los derechos humanos y libertades fundamentales en estados de excepción.

En ese orden de ideas, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, es un tratado internacional que hace parte del bloque constitucional colombiano en materia de protección de derechos de los niños pues, cumple con los requisitos establecidos por la Constitución para serlo, su tema central versa sobre derechos humanos de los niños y fue ratificado por el organo legislativo colombiano por medio de la Ley 12 de 1991.

Dicha Convención comienza señalando que fue expedida teniendo como base fundamental la Declaración de Derechos Humanos, en donde se estableció que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Determina en su artículo tercero que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Naciones Unidas, 1989)

Es decir, los niños son sujetos que gozan de especial protección o supra protección en sus derechos por parte de los Estados, dada su condición de persona. Paralelamente, se entiende de la lectura del artículo anteriormente citado, que el interés superior de los niños fue establecido como un principio de carácter fundamental que sirve como una guía para la comprensión e interpretación hermenéutica de la convención.

3. Garantía de los derechos fundamentales de la población con orientación sexual diversa en Colombia

Ferrajoli (2009) propone una definición de tipo teórico o puramente formal de los derechos fundamentales, en donde afirma que son “ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status

personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p. 19). De forma simultanea, desde la dogmatica constitucional e internacional son considerados los derechos fundamentales como “los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los Pactos internacionales de 1966 y en las demas convenciones sobre derechos humanos” (FERRAJOLI, 2008, p.43) o como “los derechos positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias” (FERRAJOLI, 2009, p.20), es decir, aquellos que hacen parte de un ordenamiento jurídico concreto.

Juntas definiciones son importantes, pues no basta con la existencia del derecho fundamental, es indispensable que sean previstos como tales dentro del derecho positivo de un ordenamiento jurídico en concreto, pues de no ser así, no existirían materialmente y por lo tanto no tendrían vigencia alguna dentro de dicho ordenamiento. Ahora bien, incluir los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento juridico, implica a su vez garantizarlos de forma jurisdiccional y legal, pues de nada sirve que se encuentren estipulados como letra muerta, lo que se debe buscar es lograr su pleno ejercicio dentro del contexto para que no solo sean validos, sino que a su vez sean eficaces dentro del ordenamiento jurídico, “según Kelsen, más allá de su proclamación, aún cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no es un verdadero derecho” (FERRAJOLI, 2009, p. 45).

Ahora bien, población con orientación sexual diversa en Colombia es una población minorizada que desde tiempos históricos ha sido discriminada por su orientación sexual “diversa”, y además, porque son una grupo de la población que es reducido respecto de las demás personas que habitan el territorio colombiano. Esta situación, ha generado que sean catalogados de forma peyorativa por algunos como anormales, desviados o enfermos.

Sin embargo, antes de abordar dicha problemática es necesario conocer plenamente en que consiste la orientación sexual diversa. El termino orientación sexual hace referencia a “una duradera atracción emocional, romántica, sexual o afectiva hacia otra persona” (SÁEZ, 2006, p.27), es decir, determina hacia quien se siente deseo de tener una relación socio afectiva y sexual. Por su parte la identidad sexual significa “la autodefinición sexual de un

hombre y de una mujer” (SÁEZ, 2006, p.28), es decir, la persona de forma autónoma se define como lesbiana, gay, bisexual, transexual o intersexual, según el caso.

La orientación sexual, como se menciona surge de los estímulos por los que un individuo sienta atracción y tiene distintos tipos o formas de ser. Según Sáez (2006) dichos tipos son “orientación heterosexual, en donde el objeto de atracción son personas del sexo opuesto, orientación homosexual, cuando el individuo se siente atraído por personas del mismo sexo, orientación bisexual, cuando el individuo se siente atraído indistintamente por personas de ambos sexos” (p. 29).

Teniendo claro el concepto de orientación sexual, es claro que ante un acto de discriminación a este grupo poblacional y su consecuente vulneración de derechos fundamentales, se hace imperativo hacer uso del mecanismo idóneo para lograr su garantía y protección, la acción de tutela, en donde el operador jurídico tiene la tarea de salvaguardar los derechos fundamentales que han sido vulnerados o que se encuentran en riesgo de ser vulnerados, “ la acción de tutela constituye el principal y más efectivo medio de protección inmediata de los derechos fundamentales” (MUÑOZ, 2006, p. 165) y por lo tanto es una garantía eficaz del ejercicio de los derechos fundamentales de aquellas personas que consideren que sus derechos fundamentales han sido trasgredidos en razón de su orientación o identidad sexual.

3.1 El hito: La unión de parejas del mismo sexo en Colombia constituyen familia

Puig (1958) en su obra explica que etimológicamente, “familia procede de dha (asentar), dhaman (asiento, morada, casa). Se ha dicho también que deriva de famel (hambre)” (pp. 627-637). Así mismo, en la Nueva Enciclopedia Larousse (1984) se le atribuye la procedencia de *familiam* (conjunto de criados de una persona), *famulum* (criado) (pp. 3832-3835).

Por su parte la Real Academia Española establece que la familia es “el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas o el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines a un linaje” (Real Academia Española, 2014). Es decir, la familia desde una concepción teórica es un grupo de personas que tienen una relación de parentesco, que

habitan un techo común en el cual satisfacen sus necesidades básicas. Sin embargo, esta definición parece quedarse corta, incluso puede llegar a ser inexacta, pues generalmente una familia en toda su magnitud no habita en un solo techo, sino que por el contrario cada subfamilia – haciendo referencia a los grupos que componen la familia – vive por separado.

Es por esto que se hace necesario abordar una concepción de tipo jurídico, que aproxime al lector un poco más al concepto real de familia dentro de un contexto social determinado, en especial del contexto colombiano.

La familia dentro del contexto colombiano ha ido cambiando de forma paulatina y se ha adaptado a la realidad social, inicialmente con la Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832, la Constitución de la República de Nueva Granada de 1843 y con la Constitución de la República de Nueva Granada de 1853, se habla de la familia solamente para establecer que la Nación Granadina es libre e independiente de toda potencia, por lo tanto no es el patrimonio de ninguna familia ni persona.

Posteriormente, en la Constitución para la Confederación Granadina de 1858, no se aprecia protección alguna a la familia dentro de su articulado, solamente se hace especial énfasis en la inmunidad del domicilio, la seguridad individual, la libertad individual, la igualdad y la propiedad. Luego, en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, también denominada Constitución de Rionegro no se habla como tal de la familia, ni se presenta amparo alguno a ella. Simultáneamente en la Constitución Política de 1886, la familia no se catalogaba como institución básica de la sociedad y por lo tanto no tenía amparo constitucional, tan solo se habló de la familia en relación con la intimidad, en el sentido que nadie podrá ser molestado en su persona o familia.

Finalmente, gracias a la iniciativa de jóvenes universitarios, la Asamblea Nacional Constituyente, hizo posible que se redactase la Constitución de 1991, texto en el cual la familia comienza a tener vital importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, básicamente, lo que busco la Asamblea fue adaptar el texto constitucional a la Declaración de los Derechos Humanos, en donde se señala que la familia es el elemento natural y

fundamental de la sociedad, por lo tanto, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Así las cosas, desde el preámbulo se menciona la convivencia como uno de los principios fundantes, este principio en forma terminológica reviste especial importancia dentro de las familias pues implica vivir en compañía de otro u otros. A continuación, se determinó que la familia es la institución básica de la sociedad en el artículo quinto, es decir, se estableció la familia como una especie de piedra angular o canon constitucional dentro de la organización política y estatal colombiana. La Corte Constitucional al realizar el proceso hermenéutico del mencionado artículo, interpreto en primer lugar el concepto de familia, en donde afirmo que:

“Es aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos” (Corte Constitucional, 2003).

Al mismo tiempo, explico que el concepto de familia tiene también un trasfondo sociológico, pues como tal es una realidad social, que existe antes del propio Estado, en ese orden de ideas señalo que “El Estado fue instituido para servir a su bienestar y para velar por su integridad, supervivencia y conservación” (Corte Constitucional, 2003).

Posteriormente, en el artículo 42 se determinó que 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” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Sin embargo, al efectuar una interpretación estrictamente literal de la disposición superior transcrita, se llega a la conclusión de que el constituyente tuvo como finalidad proteger la familia monogámica y heterosexual, situación que para la época era una realidad tradicionalmente aceptada, no obstante, pensó en otras formas de conformar familia en un futuro.

De acuerdo al desarrollo dinámico y paulatino de la sociedad colombiana se determinó por el alto tribunal en materia constitucional que “a la pareja homosexual también la asiste la

vocación para conformar familia” (Corte Constitucional, 2011), es decir, las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia, esto en relación con el artículo superior antes citado en donde se establece que se puede constituir familia también por la voluntad responsable de conformarla, situación que garantiza los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía, a la autodeterminación, y a la igualdad.

3.2 Adopción por parte de parejas del mismo sexo en Colombia.

La Corte Constitucional colombiana, en el año 2015, estableció que las parejas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente, lo anterior, argumenta, “se hizo conforme con la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que consagran la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes” (Corte Constitucional, 2015)

En resumidas cuentas, en el año 2015 la Corte tuvo a su cargo la tarea de decidir una demanda de inconstitucionalidad que fue instaurada contra algunos segmentos normativos, que se encuentran contenidos en los artículos 64, 66 y 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006 – y 1° de la Ley 54 de 1990. En síntesis, las normas acusadas se refieren a los efectos jurídicos de la adopción, al consentimiento para la misma, a los requisitos para adoptar y a los elementos constitutivos de la unión marital de hecho.

A juicio de los accionantes, las normas acusadas, no permiten la adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas que se encuentren conformadas por personas del mismo sexo, situación que a su parecer es contraria a la Constitución Política de Colombia, pues transgrede el derecho a la igualdad y en especial el interés superior de los niños que se encuentran en situación de adoptabilidad, afirman que se está desconociendo el universo de familias que pueden adoptarlos.

La Corte por su parte decidió que es procedente habilitar la adopción de niños, niñas y adolescentes por parejas del mismo sexo en virtud del interés superior del niño, en primer lugar porque de acuerdo al conjunto de estudios científicos y pruebas aportadas al proceso se demostró que la adopción realizada por parejas del mismo sexo no genera afectaciones en el desarrollo integral de los niños, y además porque no se logró probar afectación alguna

a los niños que viven con parejas del mismo sexo, en ese orden de ideas, el hecho de que un menor tenga padres del mismo sexo, no es impedimento para que se desarrolle plena y armoniosamente dentro de la sociedad.

En segundo lugar, y en relación con los requisitos exigidos para adoptar la Corte explico que la homosexualidad primero no es una patología – circunstancia que fue explicada con anterioridad en la presente investigación – o enfermedad, segundo, la orientación sexual o identidad sexual de una persona no es un aspecto limitante en cuanto a su idoneidad moral, física o mental para adoptar.

En tercer lugar, les recordó a las entidades públicas y en general a los operadores jurídicos y particulares que la norma superior sigue siendo norma de normas, por lo tanto las Leyes obligatoriamente se deben crear e interpretar conforme a la Constitución Política, por lo tanto, la expresión dada por el órgano legislativo en las Leyes, se debe entender como neutra al sexo de las parejas y a la orientación sexual de quienes las conforman.

En cuarto lugar, señalo que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, las parejas del mismo sexo pueden llegar a ser potenciales adoptantes, por esto, su exclusión dentro del proceso de adopción limita el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, por lo tanto, se afecta de forma injustificada, desproporcionada e irrazonable su interés superior como menores.

Dicho de otro modo, no es que las parejas homosexuales tengan prelación en el proceso de adopción de niños, niñas y adolescentes, por el contrario, al igual que las parejas heterosexuales están sometidos al conjunto de requisitos establecidos para adoptar, lo que pasa, es que antes del pronunciamiento de la Corte Constitucional, no se les permitía postularse como adoptantes en razón de su orientación o identidad sexual, situación que era claramente contraria a sus derechos fundamentales. No obstante, es imperativo comprender que en este caso lo que fundamentalmente se salvaguardo fueron los derechos fundamentales de los menores que se encuentran en estado de adoptabilidad, pues tiene interés superior la garantía de sus derechos y esto implica que la salvaguarda de sus

derechos es prevalente respecto de la de las demás personas, existe el derecho a ser adoptado, mas no el derecho a adoptar.

En contraposición a lo anteriormente señalado, han sido diversas las críticas realizadas a la decisión tomada por el alto tribunal constitucional, por un lado se encuentra la crítica realizada por la actual senadora Viviane Morales en donde básicamente afirma que “la adopción no es un derecho fundamental (...) debe ser el pueblo el que tome la decisión” (Revista Semana, 2015), “debe respetarse el derecho constitucional de la conformación de la familia y los derechos de los niños a crecer con un papá y una mamá” (El Espectador, 2016), por esta razón impulso un referendo en donde el pueblo sea el que decida si debe ser procedente o no la decisión tomada por la Corte Constitucional.

Por su parte el Procurador General de la Nación, el señor Alejandro Ordoñez afirmo que:

“Estamos ante un drama moral sin antecedentes, hoy todo vale en contra de la familia, hoy todo vale en contra del matrimonio, en contra la vida, y ahora todo vale en contra de los niños, porque se privilegia el derecho de los adultos, y se entregan los niños a manos no idóneas para la crianza y la educación” (El Tiempo, 2015)

Simultáneamente, Victoria Eugenia Cabrera, directora científica del Instituto de la Familia de la Universidad de La Sabana, afirmo que “la prioridad es el bienestar del niño y no hay conclusiones del todo certeras para poner a los niños a asumir este tipo de riesgos” (El Tiempo, 2015). Sin embargo, curiosamente La Universidad de La Sabana tuvo que retractarse dos veces por haber dicho que la homosexualidad era una enfermedad.

De las anteriores posturas, se denota primero una clara posición fundada en ideologías de tipo religioso, cristiana o católica, o sencillamente por prejuicios personales, que por supuesto son respetables pero debatibles, pues la Corte Constitucional fue enfática en dejar claro que no se está privilegiando el derecho a adoptar, sino que se le está dando especial protección a los derechos fundamentales de los menores que se encuentran en estado de adoptabilidad a hacer parte de una familia.

En representación del gobierno, Juan Fernando Cristo, Ministro del Interior, respondió a las críticas que se estaban presentando respecto del fallo trascendental de la Corte, y afirmó que “todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades” (El Espectador, 2015)

Mauricio Albarracín, director de la ONG Colombia Diversa, señaló por su parte que:

“Una pareja homosexual que cumpla con todos los requisitos de estabilidad emocional y económica tendría que poder aplicar a un proceso de adopción, sometiéndose a los estudios y controles que hoy cualquier pareja heterosexual debe cumplir antes y después de la adopción” (El Tiempo, 2015).

En conclusión, cada una de las posiciones que se han dado en cuanto a la adopción por parte de parejas homosexuales deben ser respetadas, lo importante en el debate es que sean posiciones fundamentadas con argumentos sólidos, claros y ante todos reales no en meras especulaciones o prejuicios de carácter subjetivo que claramente desencadenan en una discriminación consciente de las personas.

Conclusiones

1. Dentro del marco jurídico colombiano existe el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser adoptados, más no el derecho a adoptar. Lo anterior en virtud del principio angular en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, el interés superior del menor.
2. El Estado colombiano tiene la obligación de crear el conjunto de garantías idóneas para que los derechos fundamentales de los menores se ejerzan de forma plena por medio del proceso de adopción, garantías como el establecimiento de la adopción no solo para parejas heterosexuales, sino que también para parejas homosexuales.
3. El sexo y la orientación sexual de los adoptantes, no pueden ser considerados como indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar, por ende el requisito que así lo establezca será contrario al texto constitucional.

4. Impedir que un niño tenga una familia, fundándose únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja que desea adoptar, es una restricción inaceptable de los derechos del niño, es contraria a su interés superior y prevalente frente a las demás personas.
5. La adopción por parte de parejas del mismo sexo no genera afectaciones en el desarrollo integral y armónico de los niños.
6. La soberanía popular, se encuentra subordinada a los principios sustanciales que se encuentran estipulados en los derechos fundamentales, por ende la propuesta de plebiscito en materia de adopción homoparental es impertinente, los derechos fundamentales hacen parte de la esfera de lo indecidible.
7. Es justificable el control constitucional a la actividad de órgano legislativo en materia de producción de normas en materia de adopción, en tanto los niños en situación de adoptabilidad, constituyen una parte de la población colombiana vulnerable que no tienen representación democrática específica.

REFERENCIAS

- Academia Nacional de Medicina. (Septiembre de 2005). "Paz y Salud Mental en Colombia" de Académico Dr. Guillermo Sánchez Medina. *Medicina*, 27(3 -70), 186-191.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdéz, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Altamirano, F., & Armanini, A. (2014). *La adopción: Una mirada no hegemónica*. Argentina: Fundación Sur
- Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*(N° 127). Recuperado el 24 de Julio de 2015, de http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf
- Bermejo, F. A. (2006). *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*. (I. M. (IMMF), Ed.) Madrid, España: B.O.C.M.
- Congreso de Colombia. (30 de Marzo de 1936). Ley 45 de 1936, sobre reformas civiles en materia de filiación. *Diario Oficial*(23.147), págs. 1-9.
- Congreso de Colombia. (1960). Ley 140, por la cual se sustituye el Título 13 del libro Primero del Código Civil, sobre adopción. *Diario Oficial*(30.432), págs. 1-16.
- Congreso de Colombia. (31 de Diciembre de 1968). Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. *Diario Oficial*(32.682), págs. 1-10.
- Congreso de Colombia. (1975). Ley 5°, por la cual se modifica el Título XIII del Libro Primero del Código Civil y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*(34.244), págs. 1-12.

Congreso de Colombia. (28 de Noviembre de 1988). Ley 56 de 1988, por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código del Menor. *Diario Oficial*(38.591), págs. 1-56.

Congreso de Colombia. (8 de Noviembre de 2006). *Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*, *Diario Oficial CXLII*(46.446), págs. 1-44.

Consejo Nacional Legislativo. (20 de Abril de 1887). Ley 57 de 1887 " Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional". *Diario Oficial*(7.019), págs. 1-57.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T -278, M.P. Hernando Herrera Vergara*. Colombia.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-562, M.P. Jorge Arango Mejía*. Colombia.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-412, M.P: Alejandro Martinez Caballero* . Colombia.

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T - 587, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Colombia.

Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-477, M.P. Carlos Gaviria Diaz*. Colombia.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C - 093, M.P. Alejandro Martinez Caballero*. Colombia.

Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C- 814, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra* . Colombia.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C - 271, M.P: Rodrigo Escobar Gil* . Colombia .

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-831, M.P. Rodrigo Escobar Gil* . Colombia.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-804, M.P. María Victoria Calle Correa*. Colombia.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C- 577, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Colombia.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia T-260, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*. Colombia.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-153, M.P. Mauricio González Cuervo*. Colombia.

Corte Constitucional. (2015). *Comunicado No. 50, Exp. D-10371, Sentencia C-683/15*.

Recuperado el 13 de Julio de 2016, de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2050%20comunicado%2004%20de%20noviembre%20de%202015.pdf>

Corte Constitucional. (2015). *Sentencia C-258, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub* . Colombia.

Corte Constitucional. (25 de Noviembre de 2015). *Sentencia C-727, M.P: Myriam Ávila Roldán*. Colombia. Obtenido de Colombia.

Cuadrado, A. G. (2012). *El Ordenamiento Constitucional: Un enfoque historico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho* . España : Editorial Club Universitario.

Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel Derecho.

El Espectador. (14 de Mayo de 2015). *Gobierno anuncia 'cruzada' en apoyo a matrimonio igualitario y adopción gay*. Recuperado el 16 de Julio de 2016, de Redacción Política: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/gobierno-anuncia-cruzada-apoyo-matrimonio-igualitario-y-articulo-560498>

El Espectador. (28 de Marzo de 2016). *Adopción de menores por parte de homosexuales: Listas las firmas del referendo de Viviane Morales contra adopción igualitaria*. Recuperado el 16 de Julio de 2016, de Política:

<http://www.elespectador.com/noticias/politica/listas-firmas-del-referendo-de-viviane-morales-contr-a-articulo-624145>

El Tiempo. (6 de Noviembre de 2015). *'Es un drama moral sin antecedentes': Ordóñez, sobre adopción gay*. Recuperado el 16 de Julio de 2016, de <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/adopcion-gay-en-colombia-ordonez-dice-que-es-un-drama-moral/16423127>

El Tiempo. (19 de Febrero de 2015). *Los cuatro pro y contra de la adopción gay*. Recuperado el 16 de Julio de 2016, de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/adopcion-homosexual-en-colombia-los-pro-y-contr-a-/15268476>

Enterría, E. G. (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. (M. Carbonell, Ed.) Madrid, España : Trotta .

Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Antonio de Gabo; Gerardo Pisarello ed.). Madrid: Trotta.

García, H. A. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Red Estudios Constitucionales*, 3(001), 231-242.

Hernández, F. R. (2007). *El interés del menor* (2º ed.). Madrid: Dykinson.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (28 de Septiembre de 2007). *Lineamientos técnicos para la inclusión y atención de familias*. Recuperado el 4 de Julio de 2016, de <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/nuevoLineamientosTInclusin-AtencionFamilias.pdf>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). *Concepto 182*. Recuperado el 1 de Julio de 2016, de Archivo interno entidad emisora:
http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000182_2012.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (31 de Marzo de 2016). *Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción* . Recuperado el 1 de Julio de 2016, de
<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/macrop procesos/misionales/adopciones/2/LM3%20MPM5%20P2%20Lineamiento%20T%C3%A9cnico%20Administrativo%20del%20Programa%20de%20Adopci%C3%B3n%20V1.pdf>

Kant, M. (2007). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. (P. R. Barbosa, Ed., & M. G. Morente, Trad.) San Juan , Puerto Rico : Creative Commons.

Ministerio de Justicia. (4 de Febrero de 1975). Decreto 2820 de 1974, por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones. *Diario Oficial*(34.249), págs. 1-15.

Muñoz, E. C. (2006). La acción de tutela en Colombia. *Ius et Praxis*, 3(1), 165-174.

Naciones Unidas. (1980). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *Treaty Series*, 1155(1), págs. 443-466.

Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado el 16 de Julio de 2016, de
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Nueva Enciclopedia Larousse (2° ed., Vol. IV). (1984). Barcelona: Planeta.

Organización Mundial de la Salud. (Diciembre de 2013). *Salud mental: un estado de bienestar*. Recuperado el 1 de Julio de 2016, de
http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/

Pisani, E. (1986). *Derecho de tratados* . La Habana : Pueblo y Educación .

- Presidente de la Republica de Colombia. (1989). *Decreto 2737, por el cual se expide el Código del Menor*. Colombia.
- Real Academia Española. (17 de Octubre de 2014). *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed, Madrid. Recuperado el 10 de Junio de 2016, de <http://dle.rae.es/?id=0oKpOJX>
- Resa, J. D. (2000). El concepto de interés en Ihering. *Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*(3), 435-453.
- Revista Semana. (11 de Noviembre de 2015). *La batalla de Viviane Morales contra la adopción igualitaria*. Recuperado el 15 de Julio de 2016, de Nación: <http://www.semana.com/nacion/articulo/viviane-morales-esta-en-contra-de-la-adopcion-igualitaria/448674-3>
- Ruiz, M., & Ros, A. (2002). *Manual de drogodependencias para enfermería*. Madrid, España : Ediciones Díaz de Santos.
- Sáez, Á. L. (2006). *Homosexualidad y trabajo social: Herramientas para la reflexión e intervención profesional*. Madrid : Siglo XXI de España Editores.
- Uprimy, R. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *Red de Escuelas Sindicales*, 5(002), 1-35.