

**La adopción Igualitaria frente al interés del menor**

**Trabajo de grado para optar por el título de Abogada**

**Manuela Vanegas Rendón**

**Asesor:  
Adriana Arboleda  
Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo.**

**Corporación Universitaria Lasallista  
Facultad de Ciencias Sociales y Educación  
Derecho  
Caldas – Antioquia  
2016**

## Contenido

<b>Introducción</b> .....	8
Objetivos.....	10
Objetivo general .....	10
Objetivos específicos:.....	10
<b>Metodología</b> .....	11
<b>Capítulo primero: Marco teórico</b> .....	12
Naturaleza Jurídica .....	12
<b>Capítulo Segundo: Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en los últimos 5 años</b> .....	18
<b>Sentencia T – 376 de 2014.</b> .....	19
<b>Sentencia T – 094 de 2013.</b> .....	22
<b>Sentencia T – 572 de 2010.</b> .....	24
<b>Sentencia T – 671 de 2010:</b> .....	26
Sentencia T 844 de 2011 .....	28
Línea Jurisprudencial: .....	29
<b>Capítulo tercero: Análisis de casos</b> .....	33
Sentencia C 577 de 2011 .....	35
Textos demandados: .....	36
Demanda del Ciudadano: .....	37

Adopción:.....	40
Decisión:.....	41
Sentencia T-276 de 2012 .....	42
Línea Jurisprudencial: Derecho a la Igualdad: .....	45
Sentencia C-221 de 1992 .....	45
Sentencia C 345 de 1993: .....	45
Sentencia T 230 de 1994:.....	46
Sentencia C-590 de 1995: .....	46
Adopción: .....	46
Decisión:.....	47
Sentencia SU-617 de 2014 .....	48
Adopción: .....	51
Salvamentos de voto: .....	51
Decisión:.....	52
Sentencia C 683 de 2015: .....	53
Normas Impugnadas: .....	53
Interés superior del menor y adopción: .....	57
Decisión:.....	58
Capitulo IV: Rastreo Teórico y Doctrinal .....	60
Derechos del menor: .....	60

Concepto .....	60
Interés superior del menor.....	61
Concepto .....	61
Interés superior del menor como regla general del derecho internacional .....	63
Familia.....	64
Concepto .....	64
Adopción .....	64
Concepto .....	64
Finalidad.....	64
Conclusiones y Recomendaciones.....	66
.Referencias.....	68

## Glosario

**Doctrina:** La opinión de los autores que escriben al respecto; cobra especial relevancia aquella idea o el conjunto de ideas que sean sistemática y coherentemente sostenidos por un grupo o colectivo de autores, guardando ciertos puntos comunes. (Grupo latino Editores, 2008, 673)

**Hermenéutica:** Disciplina que se enfoca en el estudio de los textos jurídicos para determinar su significado, sobre todo aplicándolos a un caso concreto. (Grupo latino Editores, 2008, 1004)

**Jurisprudencia:** El hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren. (Joaquín Escriche, 1885, 1131)

**Abreviaturas.**

Artículo: Art.

Constitución Política: C.P.

Corte Constitucional: C.C.

Magistrado Ponente: M.P.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: ICBF

Niño, niña o adolescente: NNA

Lesbiana, gay, bisexual, transexual: LGBT

### **Resumen.**

La presente investigación tiene como finalidad identificar cuáles han sido las diferentes posturas de la Corte Constitucional en los últimos cinco años, es decir del 2010 al 2015, sobre la adopción, el interés superior del menor, y la adopción igualitaria, en particular, se entrara a analizar si los motivos esbozados en la sentencia C 683 de 2015, buscan o permiten materializar el interés superior del menor.

Se pretende que esta investigación sirva como puerta de discusión del ámbito académico de la Corporación Universitaria Lasallista y en general de la comunidad académica nacional e internacional, sobre un tema actual y de gran importancia, con argumentos sólidos, neutrales y de corte científico que afectan la institución fundamental de la Sociedad, y la Familia.

## Introducción

Teniendo en cuenta que son los niños el futuro del país, el presente trabajo de grado se hace con el objeto, de analizar la adopción igualitaria, frente al interés del menor, por medio de un estudio jurisprudencial y doctrinario, siendo este un tema de interés actual, lo cual hace que su estudio sea indispensable.

Todo esto teniendo como base que Colombia es un país, el cual adopta la convención internacional sobre los derechos del niño, la cual indica: "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". (Convención internacional sobre los derechos de los niños, 1989, 9).

Además se pretende rastrear la naturaleza jurídica de la adopción y del interés superior del menor, hacer un rastreo jurisprudencial de los últimos cinco años, donde se pueda identificar la postura de la corte frente a la adopción, y al interés superior del menor, para así hacer un análisis más concreto sobre los motivos esbozados en la sentencia C 683 de 2015, además de un rastreo doctrinal y teórico.

Se pretende que esta investigación sirva como puerta de discusión del ámbito académico de la Corporación Universitaria Lasallista y en general de la comunidad académica nacional e internacional, sobre un tema actual y de gran importancia, con argumentos sólidos, neutrales y de corte científico que afectan la institución fundamental de la Sociedad, y la Familia.

Con los cambios y actualizaciones que se dieron en la sentencia antes mencionada, sobre la adopción, existen varias entidades que se ven obligadas a someterse a los nuevos cambios que llegan, un ejemplo de esto es el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, ya que en Colombia, son los encargados de regular todo lo concerniente al tema de adopción, y verificar que los menores lleguen a un hogar donde se les brinde seguridad y amor, y que cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley.

Finalmente se espera que esta investigación concluya con unos argumentos sólidos que permitan verificar, la primacía del interés del menor, además de su importancia en la sociedad y en la familia.

## **Objetivos**

### **Objetivo general:**

Realizar un rastreo jurisprudencial, doctrinal y teórico de los últimos cinco años, que permita analizar el alcance que tiene la adopción igualitaria, respecto de la efectiva aplicación del interés superior del menor, como principio del derecho internacional.

### **Objetivos específicos:**

Evidenciar mediante una línea jurisprudencial, los antecedentes nacionales que dieron origen al debate sobre la adopción igualitaria que han generado un cambio en la legislación Colombiana.

Consultar el alcance del principio del interés superior del menor como regla general del derecho internacional y la postura adoptada por Colombia como país que suscribe la Convención Internacional sobre los Derechos del niño.

Mostrar la incidencia que tiene la adopción igualitaria en la materialización del interés superior del menor.

### **Metodología.**

La metodología que se va a desarrollar será la hermenéutica jurídica, ya que se examinarán sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en los últimos 5 años. Se utilizarán técnicas de rastreo documental, de doctrinantes nacionales e internacionales con posturas sobre la adopción igualitaria y el interés superior del menor, las cuales se agruparán mediante el sistema de fichaje.

## Capítulo primero: Marco teórico

### Naturaleza Jurídica

La protección a la niñez se consagra en Colombia en el Artículo 44 de la C.P, la cual se define así: “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 el 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. Gozaran 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”

El mencionado artículo no solo hace referencia a la protección de la niñez, sino también al derecho fundamental de todo niño que es tener una familia, y gozar de cuidado y amor, es decir, la familia para el niño es un vínculo que se encuentra ligado a su desarrollo y felicidad.

En Colombia existe especial protección para los menores de edad <sup>1</sup>por parte del estado, que les brinda protección por medio de su institución ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar familiar) ya que en la actualidad según cifra entregada por esta institución: “En Colombia cada día se abandonan cinco niños, ya que sus padres no los quieren, o consideran que no los pueden tener, un promedio de 45 niños, niñas y adolescentes, ingresan a esta institución por casos de maltrato infantil.”(Instituto Colombiano de Bienestar Familiar 2015).

Es por esto que el estado encuentra en la adopción, la manera de que los niños accedan a una familia, que como mencione anteriormente, es un vínculo muy importante para su desarrollo, representando el amor y el cuidado.

El concepto de adopción se encuentra definido en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006. (Código de infancia y adolescencia) Se define como: "La adopción es, principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza".

Es decir, esta es la forma que encuentra el estado para suplir las necesidades de todos los menores que se encuentran en estado de vulnerabilidad, por haber sido maltratados, o abandonados, para encontrar una familia, la cual aparte de brindarle el cuidado y amor necesario adquieren todos los derechos y obligaciones, que de ella se derivan, garantizando a la vez que el ambiente y entorno, donde el niño va a crecer será sano y con todo lo necesario para el menor. De igual manera hay que tener en

---

<sup>1</sup> Menor de 18 años, en Colombia.

cuenta que esto es un proceso totalmente gratuito, tal y como se señala la ley 1098 de 2006 en su artículo 74: “[...] Ni el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ni las Instituciones Autorizadas por éste para desarrollar programas de adopción, podrán cobrar directa o indirectamente retribución alguna por la entrega de un menor 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 el consentimiento [...]” Misma ley que señala los efectos, y requisitos para la adopción.

El Código de la Infancia y la Adolescencia no establece qué ocurre una vez se ha negado la homologación de la resolución de adoptabilidad por parte del juez de familia. No prevé términos para que el Defensor de Familia tome una decisión definitiva sobre la situación de los niños. No señala un plazo que, vencido, habilite nuevamente al juez de familia para conocer del asunto. Así que, en últimas, el Defensor de Familia adquiere una amplia discrecionalidad sobre si los niños pueden reintegrarse a su medio familiar o si eventualmente se dicte de nuevo resolución de adoptabilidad. Sin embargo, más adelante se explicará por qué bajo estas circunstancias el Defensor debe adelantar de forma celeré y eficaz el reintegro de los niños a su núcleo familiar. Con lo anterior se muestra que, bajo las presentes circunstancias, sólo a través de la acción de tutela es posible pedir el reintegro de estos niños a su medio familiar (Sentencia T 502 de 2011).

También hay que tener en cuenta que Colombia como país suscribió la convención sobre los derechos del niño, es decir, está obligado a cumplirla, y está en su preámbulo dicta: “reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia [...]”

Esto para hacer alusión al tema de la adopción igualitaria, frente al interés del menor, teniendo en cuenta que el debate que ha existido desde antes de la aprobación de la adopción entre parejas del mismo sexo, es sobre la materialización del interés superior del menor, entendiéndose como un sujeto que tiene derechos, y que tiene especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que quienes defienden esta nueva sentencia que da vía libre a la adopción igualitaria, tienen como principal argumento la importancia de una familia sin involucrar ningún asunto, que tenga que ver con la orientación sexual de cada persona, por el contrario quienes la atacan, fundamentan su posición en el hecho de afirmar que personas con ciertas orientaciones sexuales, no pueden brindarle a un menor, los cuidados necesarios, además de acarrear en un futuro problemas psicológicos.

Aunque la adopción igualitaria solo fue aprobada en el año inmediatamente anterior, hay que tener en cuenta que es un derecho que las parejas homosexuales, han estado disputando a lo largo de la historia.

A lo largo del tiempo, la condición de la homosexualidad en los individuos pertenecientes a una sociedad, ha creado estereotipos de toda índole, en su entorno y vida social, familiar, religiosa y modernamente en los aspectos jurídicos.

Y el derecho a adoptar no es el único derecho disputado por esta comunidad, por el contrario su historia se ha visto marcada por los constantes atropellos a su comunidad, un claro ejemplo de esto se evidencia en el artículo 42 de la Constitución Política que narra de manera expresa las partes contratantes en el acto jurídico del matrimonio, siendo éstas, mujer y hombre:

“Artículo 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.”

Al igual que el artículo 113 del Código Civil Colombiano: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

Estas expresiones han sido declaradas inexequibles, por medio de la Sentencia C-577 del 2011, que versa sobre el matrimonio como acto jurídico que les permite a las parejas homosexuales constituir familia; y de este modo haya una regulación que elimine el déficit de protección que afecta a esta comunidad, para no dejar de lado los fenómenos sociales que si bien no son modernos (dada la antigüedad de la aparición de individuos homosexuales en todo el mundo), si es propiamente moderna y reciente la intervención activa de esta comunidad, en la sociedad y su lucha por los reconocimientos igualitarios, en distintos campos.

Si bien la constitución otorga a todos los pertenecientes al territorio Colombiano unos derechos fundamentales basados en la igualdad, ¿ por qué se está relegando a las minorías homosexuales? a quienes a parte del rechazo social tiene que sufrir que

legalmente también se les trate de manera diferente únicamente por su tendencia sexual.

Se reconoce como tópico importante, la investigación sobre este tema dada la evasión cultural hacia este problema; que como quiera afecta directamente los derechos fundamentales de una minoría.

## **Capítulo Segundo: Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en los últimos 5 años.**

Entre las funciones de la C.C están según el artículo 241 de la constitución política: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”

Además según el decreto 2591 de 1991: “Artículo 33. Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses”.

Además las decisiones que se tomen en la Corte son la última decisión del caso en concreto y hacen tránsito a cosa juzgada.

Los operadores jurídicos pueden basar sus decisiones en las sentencias, teniendo en cuenta si los fallos y las circunstancias son similares.

Kelsen ve la jurisprudencia como: “la ciencia del derecho mismo, es decir, como un conjunto de conocimientos sistematizados respecto del orden jurídico, y de ningún modo como una virtud de un sujeto en particular” (Lara, 2000, 689).

A continuación se analizará una serie de sentencias de la C.C. desde los años 2010 a 2015, ya que es un tema actual, lo cual hace pertinente su investigación, para así entrar a analizar la adopción, la adopción igualitaria, y el interés superior del menor.

#### **Sentencia T – 376 de 2014.**

En esta sentencia de la C.C., se le dio prevalencia al interés superior del menor y a su vez se confirmó las decisiones de los jueces de primera y segunda instancia quienes le dieron la razón al ICBF, quien como institución encargada de este tipo de casos luego de analizar la situación de vulnerabilidad de los menores, además de su entorno familiar, social y económico, concluyó que estos menores deberían ser puestos en situación de adoptabilidad, a su vez esta institución anotó: “en el ICBF nos ceñimos a lo ordenado en la Constitución y en la ley, además de las múltiples sentencias proferidas en las altas cortes con respecto a que la condición económica de las familias no es criterio suficiente para privar a los padres de la patria potestad sobre sus hijos. En el presente caso a la señora Lina le ha caracterizado su condición de negligencia y abandono frente al cuidado de sus hijos, hecho demostrado con los informes de los profesionales aportados a la investigación”.

La decisión se tomó toda vez que se probaron los perjuicios a los cuales estaban expuestos los menores en su entorno, además que según la C.C, se garantizó el

debido proceso a la familia y a los menores. Todas las instancias consideraron que separar a los menores de su familia de sangre, significaba proteger el derecho a una vida digna, primando así el interés superior del menor, toda vez que según el ICBF, no se evidenció ningún tipo de compromiso, por parte de su familia, para mantener los niños al lado de ellos. La Corte al respecto se pronunció en los siguientes términos:

Por lo expuesto, se concluye que en el trámite administrativo que decretó la adoptabilidad de los menores de edad, se respetó el derecho al debido proceso, como también que la medida de restablecimiento de derechos acogida era la más conveniente para realizar los derechos prevalentes de los menores. Además, se resalta que en comunicación de julio 17 de 2013, la Defensora de Familia del ICBF, Unidad Local de Chinchiná, informó que *“la madre biológica de los niños [...] no se ha presentado a esta dependencia con el fin de indagar o interesarse por la suerte de sus hijos quienes han permanecido concedida de protección (hogar sustituto) [...] y a la fecha se desconoce el paradero de la señora Lina quien al parecer es habitante de la calle. Así mismo hago constar que ninguno de los miembros de la familia extensa de los niños ha comparecido a indagar por ellos.*

Por otra parte, con respecto a la búsqueda de familia extensiva, se evidenció que no tenían disposición para acoger a los menores de edad, por cuanto como lo expuso el Director Regional del ICBF, la accionante refirió a *Camila* su hermana de crianza, pero no aportó los datos precisos para establecer su condición socio familiar, además se intentó contacto

telefónico sin tener resultados. Sostuvo que *María* (madre de crianza de *Lina* y biológica de *Camila*) descartó toda posibilidad de que su hija asumiera el cuidado de los niños, toda vez que la menor de edad *Ana* permaneció bajo su protección durante tres meses y no logró adaptarse a las condiciones de vida ofrecidas por este grupo familiar, además cuando los niños ingresaron al ICBF la señora *María* había ofrecido a *Lina* la posibilidad de volver a vivir en su casa, pero ella no aceptó la propuesta. También se intentó contacto con la abuela materna de los niños, la cual se mostró distante y sin interés por asumir el cuidado de sus nietos. Así bien, se concluyó que la red familiar extensa no era eficiente para asumir el cuidado de los niños.

Con relación al derecho a ser escuchados dentro del proceso administrativo, la menor *Sara* expresó su opinión frente a la posibilidad de ser adoptada. Al respecto, manifestó abiertamente su deseo de ser adoptada sola, sin compañía de sus hermanos, pues aprendió en el hogar biológico que los niños son su responsabilidad, lo cual fue analizado por el grupo interdisciplinario de la Defensoría de Familia, decidiendo la reubicación y permanencia de los tres hermanos menores en el mismo hogar sustituto y además garantizar el contacto del grupo de hermanos a través de los espacios de familias biológicas.

Así, acorde con las pruebas obrantes, es latente que aunque fue brindada orientación a la actora para generar cambios positivos en su estilo de vida y la concientización acerca de la necesidad de plantearse

un proyecto de vida personal y familiar, ello no se concretó durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Por consiguiente, en aplicación del principio del interés superior de los niños, se concluye que conservar la declaratoria de situación de adoptabilidad a los menores de edad, satisface en mayor grado su desarrollo integral y la garantía de todos sus derechos fundamentales. (Sentencia T-376 de 2014).

### **Sentencia T – 094 de 2013.**

En este caso en específico, la tutela se interpone por la madre de las menores al considerar como negativo el hecho de que sus hijas fueran puestas en situación de adoptabilidad, argumentando que no se estaba violando el derecho fundamental de las niñas a tener una vida digna, el juez de primera instancia negó la tutela, toda vez que según lo analizado, y lo entregado por parte del ICBF, considero que era evidente que los menores, estaban en estado de vulnerabilidad, no solo por la precaria situación económica, sino también por el entorno en que estaban creciendo los menores, pero en este caso en concreto es importante anotar que la impugnación fue por parte del ministerio público, toda vez que el funcionario considero una clara violación al debido proceso, ya que no se le notifico la sentencia. En este caso a la corte, tal y como ella misma lo anoto en la sentencia le toca decidir sobre: “El principio de eficacia de los derechos fundamentales, el cual implica la ampliación de los mecanismos institucionales para realizar efectivamente las garantías a favor de las personas; el principio del derecho sustancial sobre las formas, que se encuentra en consonancia con el principio de justicia material, y que se refiere a que el procedimiento debe ser el

vehículo que conduzca a la protección y a la realización del contenido de las garantías superiores; y el principio de solidaridad, atinente a que todos los miembros de la sociedad están llamados a velar no sólo por la protección de sus derechos fundamentales individualmente considerados, sino que también deben estar comprometidos en la defensa de las garantías de aquéllos que no pueden hacerlo por sus propios medios”. La Corte argumentó:

[...] Al respecto, observa la Sala que el amparo invocado por la peticionaria no procede frente a las irregularidades alegadas dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, pues la Procuradora no agotó los recursos legales ordinarios y extraordinarios con que contaba al interior del mismo.

Por las razones expuestas, se evidencia que la accionante durante el trámite administrativo ante el ICBF no ejerció los recursos legales que tenía a su disposición para expresar su inconformidad frente a la forma en que se estaba adelantando el proceso, sino que luego de proferirse una decisión, la cual fue sometida a control de legalidad por el juez de familia, decidió interponer la acción de tutela, mecanismo que no puede constituirse en un instrumento jurídico alternativo para desplazar la competencia de los jueces naturales. En otras palabras, en este caso la tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiariedad de la acción.

Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, ésta tiene su sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos

internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

Ahora, su calidad de sujetos de especial protección deviene del artículo 44 Superior, el cual establece, entre otros aspectos, que 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. También, preceptúa que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás (Sentencia T 094 de 2013).

Por lo tanto, la corte confirmó la sentencia, y negó en su totalidad la tutela invocada por los menores.

#### **Sentencia T – 572 de 2010.**

La C.C. en este caso que se trata de un niño con síndrome de Down, analizo varios aspectos tales y como son: El debido proceso, el interés superior del menor, y el derecho que tiene todo niño a crecer con una familia, todo esto teniendo en cuenta que se trataba de un menor con necesidades especiales y además que según el ICBF la decisión que tomo de separar al menor de su familia de sangre la argumentó, en que según esta institución: su madre había permitido que se realizaran conductas sexuales, por parte de un profesor para con el menor, por esto la madre del menor interpuso tutela contra el ICBF, argumentando que se había violado el debido proceso, y que además las acusaciones, no eran ciertas. Al respecto la Corporación consideró:

En ese fallo, la Corte indicó que en el proceso administrativo se habían presentado varias anomalías: como: (i) no promover la reunificación familiar;

(ii) no hacer esfuerzos para vincular a la familia extensa del niño, con el fin de estructurar una red de apoyo para la reconstrucción del vínculo materno filial;

(iii) no adoptar un programa terapéutico de apoyo psicológico a la madre con el propósito de restaurar su vínculo con el niño y corregir las irregularidades que inicialmente pudieron dar lugar a la medida de restablecimiento;

(iv) basarse exclusivamente en conceptos de los profesionales del hogar donde se hallaba al niño contruidos desde la conveniencia para el hogar de las visitas de la madre, y no a partir de una valoración integral de ésta; y

(v) crear expectativas a la madre de reunificación familiar, sin que se adoptaran medidas para el efecto. Por estas razones y teniendo en cuenta que varios profesionales conceptuaron que no existían razones sico-sociales que impidieran a la peticionaría reasumir su rol materno, la Corte concedió la tutela y ordenó el diseño de un plan para el restablecimiento progresivo de la relación materno-filial, teniendo en cuenta que habían transcurrido seis años desde la declaración en situación de abandono del menor. Además la corporación concluyó que la

imposición de la medida de restablecimiento era desproporcionada, y que en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se había lesionado el derecho al debido proceso de la tutelante (Sentencia T – 572 de 2010).

**Sentencia T – 671 de 2010:**

En esta sentencia, la corte replicó la obligación que tiene el ICBF de probar que el menor se encuentre en un ambiente que no sea sano, para su integro desarrollo, haciendo énfasis en que se debe garantizar el debido proceso del menor y de la familia de este, además que cuando se encuentre probado que existe un perjuicio para con el menor, este instituto debe asegurar el cumplimiento de los derechos del menor.

En este caso el ICBF, fue quien interpuso tutela contra la providencia de un juez de familia, que había decidido negar la decisión del instituto de poner en situación de adoptabilidad a una menor.

El caso en concreto trata de una madre que entrego a su hija al padre, argumentando no tener los recursos económicos, pero a su vez el padre la entrego a la madre de su pareja, y ella la maltrataba, a tal punto de causarle deformidades de índole permanente. En la parte motiva, esta corporación reiteró:

La intervención del Estado en las relaciones familiares únicamente puede tener lugar como medio subsidiario de protección de los niños afectados, pues la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, es la familia. Agregó que las autoridades que decidan modificar la ubicación familiar de un menor de edad deben demostrar el perjuicio al que está expuesto en el medio

familiar en el que se encuentra. También resaltó que cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia de hecho o parientes, la ruptura o perturbación de ese vínculo puede afectar su interés superior contraría sus derechos fundamentales separarlo de esas personas, incluso si se hace con miras a restituirlo a sus progenitores. En palabras de la Corte:

[...] cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia de hecho o parientes, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de esas personas, incluso si se hace con miras a restituirlo a sus progenitores. En este campo, las autoridades de Bienestar Familiar cuentan con un margen suficiente de discrecionalidad, pero al mismo tiempo deben obrar con un nivel especial de diligencia y cuidado, para evitar decisiones desfavorables que puedan incidir negativa e irreversiblemente sobre el desarrollo armónico y estable del niño afectado.”

Así, la Corte negó el amparo al considerar que el juez de familia no incurrió en ningún defecto fáctico, como alegaba el ICBF. Por el contrario, para la respectiva Sala de Revisión el juez falló con fundamento en las pruebas que aportó el ICBF. Además, a juicio de la corporación, fue acertado que precisara que es deber de esa entidad vincular a la familia extensa de los niños amparados por medidas de restablecimiento, con mayor razón cuando manifiestan su interés en hacerse cargo del cuidado. (Sentencia T – 671 de 2010).

**Sentencia T 844 de 2011**

En este caso la corte analizo el proceso de tutela que interpuso una tía biológica, para recuperar a su sobrina, contra el ICBF, ya que este instituto declaro en situación de abandono, y posteriormente en situación de adoptabilidad a una menor, es decir, su sobrina, violando el debido proceso, ya que primero se debe buscar reubicar a los menores con su familia extensa de sangre, además nunca se hizo un análisis de la situación y el entorno en el cual vivía la menor, también la tutela estaba dirigida a un juez de familia, ya que este debido a que el primero declaró en abandono a la niña y la entregó en adopción, y el segundo aprobó esa decisión, sin preliminarmente hacer una investigación del caso. Al respecto la corporación:

Revocó los fallos de instancia y concedió el amparo, el considerar, por una parte, que el ICBF había incurrido en serias irregularidades en el proceso administrativo que condujo a la declaración de abandono de la menor y, por otro lugar, que la decisión del juez de familia adolecía de defectos.

En cuanto al proceso administrativo, la Corte precisó que el defensor de familia del ICBF omitió:

(i) verificar cuál era la situación real de la niña al interior de su familia extendida, pues el ICBF obró solamente con fundamento en la denuncia de quien entregó la menor de edad a un centro zonal y la declaración de la madre con quien la niña nunca convivió;

(ii) notificar al abuelo materno de la joven, de quien tenía conocimiento porque quien la entregó suministró su nombre;

(iii) decretar pruebas para verificar si la familia biológica extendida de podía hacerse cargo del cuidado, como tomar la declaración del abuelo y tías maternas; y

(iv) escuchar la opinión de la agenciada dentro del trámite, omisiones que significaron un defecto fáctico.

En relación con el proceso judicial, la Corte concluyó que el juez de familia incurrió en defecto por error inducido al decretar la adopción, ya que le dio continuidad y ratificó una actuación irregular del ICBF, bajo la consideración de que la niña no contaba una familia encargarse de ella. Por estas razones, esta corporación concedió la tutela y ordenó revocar la resolución que declaró a la niña en estado de abandono, así como la sentencia que decretó su adopción. (Sentencia T 844 de 2011)

### **Línea Jurisprudencial:**

Esta línea jurisprudencial, que presentare a continuación, abre el debate sobre los derechos de la comunidad LGBT, pues hace referencia a los cimientos en la jurisprudencia Colombiana.

Esta línea jurisprudencial se inicia con la Sentencia C-075 de 2007, en la cual la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la Ley 54 de 1990, en el entendido de que: “El régimen de protección de las uniones maritales, de hecho allí consagrado en favor de los compañeros permanentes, es aplicable a las parejas del mismo sexo.”

Además en esta sentencia la Corte consideró que: “Tanto las parejas heterosexuales como homosexuales tienen un mismo valor y una misma dignidad que exigen una igual protección.”

En conjunción con lo anterior, afirmó que “la libre opción sexual se ejercita y tiene efectos en el ámbito de la vida en relación, por lo que, las parejas del mismo sexo demuestran necesidades similares que las parejas heterosexuales para lograr la realización de su proyecto de vida en común.”

En segundo término, en la Sentencia C-811 de 2007, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que dicta:

La cobertura familiar. Modificado por el art. 218, Ley 1753 de 2015. El plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquéllos que tengan menos de 25 años, (sean estudiantes con dedicación exclusiva) y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

Y decidió que el mismo es constitucional en el entendido de que el régimen de protección allí consagrado consistente en la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo que beneficia, entre otros, a los compañeros permanentes heterosexuales, también es aplicable a las parejas del mismo sexo.

En esta ocasión, la Corte dictaminó que “Limitar el alcance de los beneficios de salud al ámbito familiar y excluir a las parejas del mismo sexo representaba una carga innecesaria para las parejas del mismo sexo y, por lo tanto, desproporcionada.”

En la Sentencia C-336 de 2008, la Corte Constitucional declaró: “Constitucionalidad condicionada de las expresiones compañera o compañero permanente consagradas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que las parejas permanentes del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente consagrada en la ley”.

Para llegar a esta conclusión, determinó como doctrina constitucional que: “La exclusión de las parejas homosexuales de la pensión de sobrevivientes no responde a un principio de razón suficiente y constituye un déficit de protección que rebasa la prohibición de discriminación (artículo 13 C.P.), socava la dignidad humana (preámbulo, artículo 1° C.P.) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C.P.).”

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-798 del 2008 declaró la inexecutable de la expresión únicamente contenida en el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007 que dice así: “Párrafo 1°. Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.” Y exequible el resto de esta disposición en el entendido de que las expresiones -compañero y -compañera permanente, comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo. Por considerar que:

“La obligación alimentaria existe entre compañeros del mismo sexo con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005.”

La anterior circunstancia es un déficit de protección de la garantía legal de la obligación alimentaria.

Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-029 de 2009, en la cual se demandó la inconstitucionalidad de más de 40 normas, reiteró que:

“En Colombia está proscrita toda forma de discriminación generada por la orientación sexual de las personas.”

“No existe una regla constitucional que obligue a dar tratamiento desigual a las parejas heterosexuales y homosexuales.”

“Que el legislador es quien tiene la competencia para establecer la protección e igualación de los grupos sociales que se encuentran en marginación.”

“Que los términos “familia” o “familiar” tienen que ver con una noción de familia discriminatoria, pues de acuerdo con la Carta Política sólo incluye las parejas formadas por un hombre y una mujer.”

La línea jurisprudencial, anteriormente presentada, hace referencia a los pronunciamientos más relevantes que ha tenido la corte, frente a el tema respecto de la comunidad LGBT, y muestra los avances que ha tenido el país, en materia de igualdad, de esta comunidad frente a los heterosexuales, teniendo en cuenta que Colombia, es un país que profesa la igualdad como principio Constitucional.

Pero en el tema en concreto, que es la adopción igualitaria, aprobada en Colombia en el año 2015, hare un análisis de casos, en el siguiente capítulo, de las sentencias más relevantes e importantes en los últimos cinco años, frente a los derechos que ha adquirido la comunidad LGBT.

### **Capítulo tercero: Análisis de casos**

Son diversas las situaciones de indiferencia, maltrato, abandono, para con el menor, donde se ve marcada la vulneración de los derechos de este. Esto ha llevado al país a darle más importancia a este asunto, y a la creación de jurisprudencia sobre el tema.

Por esta misma razón se han generado leyes, decretos y acuerdos que han permitido ir progresando paulatinamente hacia otras formas de protección y cuidado para con los menores, la transformación social y el tránsito legislativo actual que se presenta en Colombia, han permitido que a través de una acción pública de inconstitucionalidad se demanden normas civiles relativas.

Teniendo en cuenta que se debe comenzar dando un paso hacia la igualdad de género, y a pensar que es primero el bienestar de los niños, y su derecho a tener una familia, que la inclinación sexual de cada persona.

Atendiendo a la Jurisprudencia que establece la Corte Constitucional, se consolidó una línea jurisprudencial garantista en reconocimiento de la igual dignidad que ostentan las parejas del mismo sexo. Este se efectuó a través de las Sentencias C-577 de 2011 en la cual, la Corte Constitucional dijo que las familias homoparentales son familia. La sentencia T-276 de 2012 donde se afirma que la orientación sexual de los padres no es impedimento para adoptar. La sentencia SU-617 de 2014, que estableció que la orientación sexual no puede ser un impedimento de adopción consentida, y por último y la más importante para el tema en concreto la sentencia C 683 de 2015, mediante la cual la corte dio vía libre para la adopción entre parejas del mismo sexo.

La corte encuentra justificación para aprobar los derechos de las parejas del mismo sexo, en una serie de tratados internacionales, ratificados por el estado, entre ellos se encuentra la declaración universal de derechos humanos, que en su artículo 7, dicta: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. (Declaración Universal de Derechos Humanos).

De manera similar, el artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, indica que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges [...]

[...]3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes, contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo

de mano de obra infantil. (Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales y culturales).

De otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos indica en su artículo 11 que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.( Convención Americana de Derechos humanos)

Igualmente indica en su artículo 17 que “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”(Convención Americana de Derechos Humanos)

Este principio de no discriminación ha sido consignado en el artículo 24 de la mencionada convención en los siguientes términos: “todas las personas son iguales ante la ley.”(Convención Americana de Derechos Humanos) En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Además cabe resaltar que aparte de las sentencias que vamos a analizar, hay otras que han marcado la línea jurisprudencial, sobre los derechos de la comunidad LGBT, y han tenido gran relevancia en la lucha de esta comunidad, por alcanzar los mismos derechos que las parejas heterosexuales.

### **Sentencia C 577 de 2011**

De tantos derechos que han luchado la comunidad LGBT<sup>2</sup>, en el año 2011, se dio uno de los más importantes, en el camino hacia la igualdad, pues la corte se

---

<sup>2</sup> Son las siglas que designan colectivamente a Lesbianas, Gays, Bisexuales y personas Transgénero.

pronunció sobre que las familias homoparentales<sup>3</sup>, también son consideradas como una familia.

Reconociendo que esta unión traería consigo los mismos derechos y obligaciones de una unión marital de hecho, es decir, las disposiciones del Código Civil contenidas en los artículos 165 a 268<sup>4</sup>, y demás normas que regulen lo pertinente al matrimonio también les serán aplicables.

Estos cambios en el código civil, se dieron a través la ley 101 de 2012, que dicta en su artículo primero: “Objeto. La presente ley tiene por objeto reconocer legalmente el matrimonio de las parejas del mismo sexo y determinar sus efectos legales de conformidad con el principio de dignidad humana, igualdad y pluralismo que establece la Constitución Política de Colombia.”

***Textos demandados:***

En esta sentencia se demandan tres normas, se ponen en cursiva los segmentos que se demandan:

La primera es la norma del artículo 113 del código civil, que dicta: “ARTICULO 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual *un hombre y una mujer* se unen con el fin de vivir juntos, de *procrear* y de auxiliarse mutuamente”.

Contiguo se demanda el artículo 2 de la ley 294 de 1996, la cual dice así:

ARTICULO 2º. 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.

---

<sup>3</sup> Entendemos por familia homoparental aquella familia en la cual: Las funciones de crianza son realizadas por dos adultos del mismo sexo que mantienen una relación de pareja. (Agustín,2014,15)

<sup>4</sup> Separación de cuerpos, segundas nupcias, obligaciones y derechos entre cónyuges, separación de bienes, divorcio, entre otras.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

Finalmente el artículo 2 de la ley 1361 de 2009: ARTICULO 2º. DEFINICIONES.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

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.

***Demanda del Ciudadano:***

La demanda del ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo:

Se dirige en contra de las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear”, contenidas en el artículo 113 del Código Civil, por considerarlas contrarias al preámbulo y a los artículos 1, 2, 4, 12, 13, 16, 42, 43 y 93 de la Constitución.

Para exponer el concepto de la violación, el demandante dedica un primer apartado a “la noción de familia y matrimonio contenidos en el artículo 42 de la Constitución” e indica que cuando el mencionado

precepto establece 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”, la “conjunción “o” que trae el primer inciso del artículo 42 Superior determina varias formas de reconocimiento del núcleo básico de la sociedad colombiana conocido como ‘familia’ ”, así: por vínculos jurídicos o naturales, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla.

Menciona luego los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Colombia, así como la noción de bloque de constitucionalidad y señala que entre los “Tratados o Declaraciones que son parámetros del control de constitucionalidad de los apartes acusados del artículo 113 del Código Civil” se encuentra el “artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice que ‘[L]os hombre y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio’ ” e insiste en que “el sentido de la expresión “[L]os hombre y las mujeres”, como en el caso expuesto de la redacción del artículo 42 de la Constitución, no hace referencia exclusiva a las parejas heterosexuales” y en que “de la Declaración Universal de Derechos Humanos también se puede entender que ‘los hombre y las mujeres [homosexuales o

heterosexuales], a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna [en este caso por orientación sexual] a casarse y fundar una familia' ”.

También alude al inciso 1 del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma [...] o de cualquier índole, origen nacional o social [...] o cualquier otra condición”, exigencia en virtud de la cual, el derecho al matrimonio civil proclamado en la Declaración no puede negársele a las personas homosexuales sin que se incurra en una discriminación en razón a la orientación sexual, lo cual está proscrito por la disposición citada”.

Demanda de la ciudadana Marcela Sánchez Buitrago y otros:

En la demanda identificada con el número 8376 se estima que los apartes acusados de los artículos 113 del Código Civil, 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009 vulneran los siguientes artículos constitucionales: 1º en lo referente a la dignidad humana dentro de un Estado Social de derecho, 13 que establece la igualdad, 14 en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica y concretamente en cuanto al estado civil, 15, relativo al derecho a la intimidad y al buen nombre, 16 sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y 42 en lo atinente al derecho a la autonomía reproductiva.

**Adopción:**

En esta sentencia se empiezan a formar cimientos sobre el tema de adopción por parte de parejas del mismo sexo, esta es una de las sentencias donde comenzamos a evidenciar, la larga lucha de esta comunidad por alcanzar este derecho y ser tratados, con igualdad, respecto a las parejas heterosexuales:

En el sentido indicado estiman que “no existe evidencia que sugiera que permitir la adopción y, a partir de ello proteger un mínimo de igualdad a las parejas del mismo sexo, se presente una vulneración o amenaza a la entidad familiar”, como incluso lo ha reconocido la Corte Constitucional que ha afinado su jurisprudencia anterior, en la cual “había considerado a la protección de la familia heterosexual como una justificación razonable y objetiva para excluir a las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a las parejas heterosexuales”.

En cuanto hace a la protección del interés superior del menor, reconocen que se trata de un fin legítimo e imperioso, pero consideran que no permitir la adopción a parejas del mismo sexo es una medida inadecuada e innecesaria respecto de ese fin, porque “la evidencia científica mayoritaria no respalda los prejuicios según los cuales el interés de los menores se vulneraría o pondría en riesgo si son adoptados por una familia homoparental”, luego la protección del interés del menor no precisa la prohibición de la adopción por parejas homosexuales.

Además de esto, la corporación dijo:

[...] En el apartado subsiguiente se refieren a “la exclusión del tema de la adopción del presente debate constitucional” y apuntan que aunque podría pensarse que la Corte debe pronunciarse sobre la adopción e incluir expresamente también el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 que, en su ordinal 2º, señala que podrán adoptar los cónyuges conjuntamente y que en virtud del condicionamiento general debe entenderse que en este caso se refiere también a los integrantes casados de las parejas del mismo sexo, “el efecto automático de ese condicionamiento sería autorizar la adopción por parejas del mismo sexo y que los demandantes en este caso estamos pretendiendo ese condicionamiento”.

***Decisión:***

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil.

SEGUNDO.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de procrear”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.

TERCERO.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de un hombre y una mujer” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales.

CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada,

sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

QUINTO.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

Debido a la constante opresión, vulneración y desigualdad que viven la comunidad LGBT, se puede afirmar que cada triunfo, en su lucha diaria por conseguir la igualdad, es de igual importancia, además de considerarse como histórico, pues esta comunidad se ha caracterizado por sufrir una historia inmersa en luchas constantes por conseguir los mismos derechos de las demás personas.

La homofobia, así como el racismo y el machismo, son frutos podridos de variadas matrices culturales que se exacerbaban en nuestro continente en gran parte como resultado de nuestro triste pasado esclavista, y como tal, emergen como facetas de una ideología perversa e inhumana que solo podrá ser superada a través de las luces de la ciencia y por el buen sentido de los códigos internacionales de derechos humanos. (Mott ,1994,144)

### **SentenciaT-276 de 2012**

En esta ocasión la tutela es interpuesta por un ciudadano Americano, ya que el afirma la vulneración de varios derechos fundamentales, y en el sistema colombiano esta acción es la pertinente para resolverlo:

“[...] cuyo objetivo central es el de proteger de modo inmediato los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz [...]” (Quinche,2012, 287).

Según se evidencia en la sentencia, la tutela se interpone alegando la vulneración de los siguientes derechos: “El derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como el desconocimiento de los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, y a no ser discriminados por su origen familiar”.

En este caso el ciudadano americano, antes mencionado, es víctima de un claro caso de desigualdad, toda vez que el vino al país buscando adoptar a dos menores, con los cuales ya había tenido contacto vía internet, además de contacto con el ICBF, buscando legalizar este tema, el ciudadano vino al país solo para terminar todo el proceso de adopción, y llevarse los dos menores. Cuando ya estaba todo listo el ciudadano relata que:

Explica que el 31 de marzo de 2011, en horas de la mañana, se encontraba con sus hijos cerca de la sede nacional del ICBF y decidió dirigirse al lugar para despedirse de algunos funcionarios. Relata que sostuvo una conversación informal, sin traductor, con la Subdirectora de Adopciones de la entidad, en la que “[...] manifestó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado no apto para adoptar”. Asegura que debido a este

comentario, la funcionaria le preguntó si tenía pareja, pregunta que respondió afirmativamente.

Manifiesta que después de la conversación, se desplazó junto con sus hijos a la Embajada de Estados Unidos en Colombia para recoger las visas de los niños, ya que ese mismo día viajarían fuera del país. Sin embargo, relata que en la Embajada se le informó que, debido a una comunicación remitida por el ICBF en la que se solicitó impedir la salida de los niños del país, las visas habían sido negadas, pese a que inicialmente habían sido decididas favorablemente, razón por la cual los pasaportes fueron sellados con la frase “negación sin perjuicio”.

Aduce que se dirigió nuevamente al ICBF y solicitó explicaciones sobre lo sucedido. Indica que habló en privado con la Subdirectora de Adopciones, quien le informó que al día siguiente se iniciaría un proceso de restablecimiento de derechos de los niños. Relata que ese mismo día, la funcionaria radicó ante la institución, una denuncia de amenaza de los derechos de los niños AAA y BBB, en la que solicitó verificar su situación y adelantar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Después de todo esto el ciudadano tuvo que regresar a su país por motivos laborales, pero siguió en contacto con los menores, y por tal motivo decidió, interponer tutela en contra del ICBF, por la vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que ya se había creado un lazo amoroso, entre el con los menores.

Como se ha evidenciado a lo largo del trabajo la principal lucha de la comunidad LGBT, es la de alcanzar la igualdad frente a las demás personas, es por esto que me

permite hacer una pequeña línea jurisprudencial, donde se evidencie, el pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana, sobre el derecho a la igualdad.

### **Línea Jurisprudencial: Derecho a la Igualdad:**

#### ***Sentencia C-221 de 1992***

Definió el derecho a la igualdad como:

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal: él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto solo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

#### ***Sentencia C 345 de 1993:***

La corte ha expresado que:

La igualdad que predica la Constitución de 1991 no es, pues, un principio que deba obedecer a razones físicas, matemáticas o biológicas, sino a postulados racionales fundamentales en un Estado Social de Derecho, los cuales no son en modo alguno incompatibles con el establecimiento de hipótesis normativas que contengan supuestos diferenciales que atiendan una realidad objetiva.

**Sentencia T 230 de 1994:**

Ha definido el derecho a la igualdad como:

“Una pauta legislativa encaminada a zanjar las diferencias entre los individuos o simplemente un ideal para ser tenido en cuenta por el intérprete”

**Sentencia C-590 de 1995:**

La igualdad exige un tratamiento igual para los casos iguales y un tratamiento diferente respecto de los casos que presentan características desiguales. Esto último, teniendo en consideración las circunstancias diversas o las condiciones en las que se desenvuelven los sujetos, o por si las situaciones de orden particular que puedan afectarlos.

Continuando con el análisis de la sentencia SentenciaT-276 de 2012, entro a analizar el tema de adopción:

**Adopción:**

Frente a este tema la corte argumentó:

El ICBF, al adelantar el proceso de restablecimiento de los derechos de los niños AAA y BBB y ubicarlos en hogar sustituto como medida de restablecimiento, desconoció sus derechos fundamentales y los de su padre adoptivo XXX, al debido proceso y a la unidad familiar, toda vez que (i) el ICBF no logró demostrar que efectivamente existía una amenaza sobre la “salud emocional de los niños AAA y BBB” en el momento en el que la Defensora dio inicio al procedimiento y los ubicó en hogar sustituto; (ii) aunque eventualmente se concluyera que sí existía una amenaza, el ICBF tampoco probó que existiera un nexo causal entre

la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción y dicho riesgo. Por el contrario, la amenaza, en concepto de los profesionales del propio ICBF, devino de (a) las consecuencias que podría traer la denuncia penal formulada contra XXX, (b) la separación de los niños de XXX y (c) la interrupción de su viaje a Estados Unidos, es decir, la amenaza no era imputable –a juicio de los psicólogos y trabajadores sociales del ICBF- a la falta de información sobre la orientación sexual de XXX; (iii) la entidad tampoco demostró que la amenaza fuera de tal magnitud que ameritara una medida tan drástica como la separación de los niños de su padre y su ubicación en hogar sustituto; y (iv) que la Defensora de Familia no tuvo en cuenta la opinión de los niños cuando decidió ubicarlos nuevamente en hogar sustituto.

***Decisión:***

PRIMERO.- REVOCAR los fallos de instancia emitidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 30 de agosto de 2011, en la que confirmó el fallo proferido por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 14 de julio de 2011. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de XXX, y los niños AAA y BBB al debido proceso y a la unidad familiar, y de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

SEGUNDO.- En consecuencia, DEJAR SIN EFECTO todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos adelantado por el ICBF en relación con los niños AAA y BBB, y

ORDENAR la entrega definitiva de la custodia de los niños AAA y BBB, a XXX, su padre adoptivo.

### **Sentencia SU-617 de 2014**

Tratándose de una sentencia SU<sup>5</sup>, hay que empezar definiendo que significa, y esto está definido en el artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que dice así:

#### ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. Así, en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, son sentencias de unificación, las proferidas por el Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” -CP, art 237- con arreglo a alguno de los siguientes criterios: (i) finalístico o de unificación y definición jurisprudencial; (ii) material o de importancia jurídica o trascendencia pública del asunto; (iii) funcional o de decisión de recursos extraordinarios o de revisión.

Además la Corte Constitucional en su sentencia C- 816 de 2011, se pronunció al respecto y dijo:

---

<sup>5</sup> Sentencia Unificada

Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos. En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida. Con todo, en los regímenes jurídicos legatarios de la tradición continental europea como el nuestro, se controvierte el sistema de precedentes en el mismo sentido de la argumentación del demandante: oponiendo a la obligatoriedad de la jurisprudencia, el carácter auxiliar de la misma. En otras palabras, a la obligación judicial de aplicación del precedente jurisprudencial -en desarrollo del deber constitucional de adjudicación igualitaria del derecho-, se le enfrenta el principio también constitucional de la autonomía judicial frente a las decisiones precedentes, con base en el carácter auxiliar de la jurisprudencia y en el sólo sometimiento a la ley en el ejercicio de la función judicial prescrito en la en la Constitución.

La Sentencia SU-617 de 2014 trata sobre el caso de dos mujeres, que requieren se legalice todo lo concerniente a la adopción de la hija biológica de una de ellas, por parte de la otra mujer, por su calidad de compañera permanente.<sup>6</sup>

La ley 54 de 1990 define la unión marital: Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.<sup>7</sup>

A juicio de las accionantes, la actuación y la decisión de la entidad administrativa habrían vulnerado el derecho al debido proceso por haber incurrido en varias irregularidades de orden procedimental al sustanciar, tramitar y resolver la solicitud de adopción, y además, sería materialmente contraria a un amplio repertorio de principios y derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad, el interés superior del niño, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y los principios de dignidad humana y pluralismo, por negar la adopción con fundamento en el carácter homosexual de la pareja solicitante.(Sentencia SU-617 de 2014)

Teniendo en cuenta lo anteriormente citado, hay que recordar que “La finalidad de la adopción no puede ser otra que integrar una familia, dándole el privilegio de tener un hijo; y al hijo darle el privilegio de tener una familia” (Amézquita De Almeida,1980, 57).

---

<sup>6</sup> Cuando son compañeros permanentes, se entiende que existe unión marital de hecho.

<sup>7</sup> Bajo el entendido que, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Sentencia C-683 de 2015.

Esta sentencia es uno de los precedentes más importantes, en cuanto a la adopción por parejas del mismo sexo, en vista de la vinculatoriedad de los fallos de la Corte Constitucional, siendo esta una de las mejores formas de respetar los derechos fundamentales para parejas del mismo sexo.

**Adopción:**

Frente al tema de adopción, la corporación argumento: “Cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo.”

**Salvamentos de voto:**

Los magistrados, presentaron salvamento de voto, toda vez que no se encontraban de acuerdo con los fundamentos y la conclusión y argumentaron que:

“Esta sentencia parte de una concepción equivocada de la adopción, como quiera que esta figura no constituye un derecho, sino una medida de protección.”

Además que:

“La decisión de reconocer de manera general esos derechos a parejas del mismo sexo no es labor del juez constitucional, y mucho menos, de las autoridades administrativas, porque es el escenario natural y propicio para ese efecto es el Congreso de la República, en donde hay un sustrato de representación democrática, pues allí tienen asiento los distintos grupos que conforman nuestra sociedad, elegidos por voluntad popular”

**Decisión:**

PRIMERO.- LEVANTAR LA ORDEN DE SUSPENSIÓN del trámite de revisión de la tutela entablada por Lakmé, Turandot y Fedora contra la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro.

SEGUNDO.- REVOCAR, con fundamento en las consideraciones expuestas y desarrolladas en la presente providencia, la sentencia expedida el día 4 de noviembre de 2009 por el Juzgado Primero Penal con Funciones de Conocimiento, y confirmada en sentencia del 20 de enero de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. En su lugar, CONCEDER EL AMPARO del derecho fundamental de la menor Lakmé a tener una familia.

TERCERO.- ORDENAR a la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro que revoque la declaratoria de improcedencia de la solicitud de adopción con fundamento en que la solicitante y la adoptante son del mismo sexo, y que en su lugar, se continúe con el trámite administrativo correspondiente, sin que tal consideración pueda ser invocada para excluir la adopción de Lakmé, y sin perjuicio de que las autoridades exijan el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para la conformación del vínculo filial.

CUARTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

**Sentencia C 683 de 2015:**

Una decisión histórica para Colombia, en la cual la corte constitucional aprobó la adopción por parte de parejas del mismo sexo, el paso más importante hacia la igualdad, respetando el artículo 13 de la Constitución política, que reza sobre la igualdad de todas las personas, gozando de los mismos derechos y oportunidades.

La supremacía de la constitución resulta, pues, del hecho de ser el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; ella es la fuente o el principio del orden estatal entero, y hace que todo lo demás, dentro de la vida del Estado, sea de determinada manera y no de otra diferente. Por eso se dice que la Constitución es la Ley de leyes. (Naranjo, 2006,399)

Esta sentencia de la corte constitucional, basada en el derecho a la igualdad de las parejas homosexuales y teniendo en cuenta el interés superior del menor, y el restablecimiento de sus derechos, además después de una lucha de largos años por la comunidad LGBT, se logró que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar, sin necesidad de que el menor que fuera a ser adoptado, fuera el hijo biológico de una de las parejas. Esto se logró a través de una demanda de inconstitucionalidad, de los siguientes artículos:

**Normas Impugnadas:**

A continuación se transcriben apartes de las normas impugnadas y se ponen en cursiva los apartes acusados:

“LEY 1098 DE 2006”

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

**ARTÍCULO 64.** EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN. La adopción produce los siguientes efectos:

[...]5. *Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.*

**ARTÍCULO 66.** DEL CONSENTIMIENTO. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos: [...]

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá 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 cónyuge o compañero permanente del adoptante.*

**ARTÍCULO 68.** REQUISITOS PARA ADOPTAR. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o

adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar: [...]

3. *Conjuntamente los compañeros permanentes*, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

[...] 5. *El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero*, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

“LEY 54 DE 1990”

Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

**ARTÍCULO 1º.**- A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre *un hombre y una mujer*, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, *al hombre y la mujer* que forman parte de la unión marital de hecho”.

Las personas que se encargaron de interponer la demanda de inconstitucionalidad, contra estas normas, argumentaron:

“En primer lugar, advierten que se vulnera la igualdad ya que se omite proteger el interés prevalente del menor en situación de adoptabilidad, representado en su

derecho fundamental a tener una familia. Añaden que ese derecho hace parte del interés superior del menor, donde la adopción es el principal mecanismo de protección”

Comparto este argumento, toda vez que siendo Colombia un país que adopta una constitución basada en la promoción de los derechos y garantías de todos los habitantes de este país, y especialmente promueve la democracia participativa, se debe respetar la igualdad como un derecho y como un principio constitucional, atendiendo a las necesidades de todos sus habitantes y entendiéndolos como iguales ante la ley.

Además los demandantes sostienen que:

No existen condiciones especiales que permitan afirmar que un niño huérfano adoptado por una pareja heterosexual está en condiciones diferentes a aquel niño que va a ser adoptado por una pareja del mismo sexo. Las circunstancias de abandono, la necesidad de afecto, de educación, la carencia de un núcleo familiar, son comunes a todo niño huérfano.

Afirman que todos los niños huérfanos se encuentran en igualdad de condiciones, de manera que no existe en el ordenamiento jurídico ningún criterio que justifique de manera razonada el reconocimiento para unos del derecho a tener una familia y la omisión para otros de poder acceder a ella a través de una familia homoparental.

En este orden de ideas, es la adopción igualitaria, la mejor forma de proteger el derecho de todos los niños a tener una familia, y cuando hablo de familia, me refiero en sentido que no encuentre restricción, pues antes del pronunciamiento de la corte en

la sentencia C- 577 de 2011, se entendía por familia solo la heterosexual, desconociendo así, que las parejas homosexuales, también podían constituir familia.

El hecho que la adopción sea un instituto exclusivo de las familias heterosexuales hace notoria una diferencia soportada en la orientación sexual, que ni es acertada, pues parte de un entendimiento errado de la noción constitucional de familia; ni prevé una finalidad siquiera legítima, pues contraría la efectividad del interés superior del niño, la niña y el adolescente; ni es proporcionada, pues no existe indicio de riesgo alguno en la adopción homoparental. (Pinzón y Prada, 2010, 135)

### **Interés superior del menor y adopción:**

En cuanto a este tema la corte dijo:

Los niños, niñas y adolescentes representan el futuro de los pueblos; en ellos están cimentadas las aspiraciones de una sociedad y las esperanzas colectivas por un mañana mejor. Tal circunstancia, sumada a las condiciones fácticas de vulnerabilidad en las que a menudo se encuentran los menores y al déficit de representación democrática que soportan, han hecho que jurídicamente se valore como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado .

Es así como el artículo 44 de la Constitución señala algunos derechos fundamentales específicos de los niños, hace extensivos todos los otros derechos plasmados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y consagra en forma expresa

que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Esta norma es el fundamento constitucional de lo que se conoce como el “interés superior del menor”, aun cuando su reconocimiento normativo también emana de instrumentos de derecho internacional, algunos vinculantes para Colombia por la vía del bloque de constitucionalidad.

Además en cuanto a la adopción por parte de parejas homosexuales, la corte se pronunció y dijo:

La Corte considera que excluir como potenciales adoptantes a las parejas del mismo sexo genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP).

**Decisión:**

Declarar EXEQUIBLES las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, bajo el entendido que, en virtud del interés superior del

menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

### **Capítulo Cuarto: Rastreo Teórico y Doctrinal**

Según varios estudios elaborados por la doctrina, Colombia es un país que hace prevalecer a la persona por encima de todo, por ende se ha establecido que es un Estado Social de Derecho, esto ha hecho que Colombia avance en temas relacionados con el reconocimiento de la persona y la dignidad humana, es esto lo que ha generado una mayor aceptación y vinculación del principio del interés superior del menor con nuestro país.

Se considera como avance contar con una Constitución que promueva y reconozca los derechos, y sobre todo la dignidad humana, respetando las diferencias existentes.

La discriminación en la sociedad debe ser eliminada y el Estado no debe negar dicha diferenciación ni excluir por la estigmatización social otras formas de familia. Por el contrario debe reconocerlas y protegerlas en pro de garantizar el cumplimiento del predicado pluralismo del Estado Democrático de Derecho. (Ordoñez y Valencia, 2013,264)

#### **Derechos del menor:**

##### ***Concepto***

“Toda actividad humana es objeto de regulación jurídica. La del menor, igualmente. Entonces, el derecho de menores es el conjunto de normas jurídicas que rigen las diferentes situaciones del menor, desde su nacimiento hasta la mayoría de edad.” (Parra, 2008, 523).

Los Derechos del Niño fueron formalmente reconocidos luego de la Primera Guerra Mundial con la adopción de la Declaración de Ginebra en 1924. El proceso de reconocimiento de estos derechos continuó luego gracias al trabajo de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

La admisión de los Derechos del Niño se concretó definitivamente el 20 de noviembre de 1989 con la aceptación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que representa el primer texto de compromiso internacional que reconoce legalmente todos los derechos fundamentales de los niños.

En la actualidad se habla sobre la importancia del respeto de los derechos del niño, la infancia está mencionada concretamente en muchos de los instrumentos de derechos humanos; las normas se modifican o se adaptan específicamente cuando las necesidades y preocupaciones en torno a un derecho se aplican concretamente a la niñez, por ello la “Convención sobre los Derechos del Niño”, reúne los derechos humanos de la infancia que estaban articulados en otros instrumentos internacionales, articulando los derechos de un modo más completo y proporciona una serie de principios rectores que conforman el concepto fundamental que tenemos de la infancia.

### **Interés superior del menor**

#### ***Concepto***

El interés superior ha sido definido legalmente de acuerdo a la naturaleza normativa, como 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, como

base para el desarrollo de la protección integral y fundamento para la aplicación de la norma más favorable.(Lafont, 2007,15).

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de proporcionar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del niño.

De lo anterior hace referencia el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes Con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

El preámbulo de la ya mencionada Convención de los Derechos del Niño, establece también que este requiere “cuidados especiales”, además dentro de esta también se manifiesta que el menor debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su inmadurez e inexperiencia.

### **Interés superior del menor como regla general del derecho internacional**

El principio del interés superior del niño(a) refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional; su primer referente normativo se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por la gran mayoría de los países del mundo, suceso que sirve como base para que cada Estado parte con posterioridad a la ratificación de este tratado desarrolle el principio en mención. (Pradilla, 2011,332)

Cabe mencionar, que es Colombia, uno de los estados suscrita a la convención sobre los derechos del niño, por esto podemos afirmar que se entiende este principio como una regla general, que se aplica a todos los casos que se consideren necesarios, ya que su vulneración genera graves consecuencias para los menores, tales como pueden ser trastornos psicológicos, y problemas afectivos.

La función del derecho internacional privado como canal de comunicación intercultural permite dar una respuesta adecuada a los conflictos interculturales que suscitan las diversas concepciones acerca de la familia. Es decir, el derecho internacional privado estaría llamado a proporcionar cauces de convivencia, integración y respeto de la diversidad cultural. Esto implica la adopción de fórmulas flexibles y el respeto de los derechos humanos. (Monroy, 2011, 9).

## **Familia**

### ***Concepto***

“La familia es un conjunto de personas entre las que existe algún vínculo jurídico de orden parental; en esta definición quedarían comprendidos todos los ascendientes, descendientes y colaterales sin limitación alguna”. (Castillo, 2004,22).

Como base fundamental de la sociedad, esta institución es un derecho fundamental para todo niño, el de tener un familia, y además no ser separado de ella, en este orden de idea el estado Colombiano, debe garantizar que cada niño goce del amor y cuidado que solo una familia puede entregar, sin discriminación alguna, pues hasta el momento no hay ningún estudio científico que avale posibles daños, que puedan sufrir los menores crezcan al lado de una familia que no sea heterosexual

## **Adopción**

### ***Concepto***

Para unos es un contrato, por cuanto predomina la autonomía de la voluntad, creadora de todo efecto jurídico; implica consentimiento entre adoptante y adoptado.

Para otros, la adopción es una institución, pues es la ley que la estatuye como institución de carácter solemne, de orden público, con intervención judicial, generando un parentesco civil. (Naranjo,2009, 551)

### ***Finalidad***

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 sangre. (Escudero,2013,642)

Teniendo en cuenta todas estas definiciones, es la razón por la cual, mi investigación, no se puede tornar egoísta ni moralista, ya que en base de las lecturas, y el estudio puedo asegurar el estar de acuerdo con la adopción homoparental, pues no se ve afectado el interés superior del niño, además de que el menor 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.

## **Conclusiones y Recomendaciones**

Finalmente y con base en todo el trabajo investigativo, además de como antes ya lo mencione, son los niños el futuro del país, y son en quienes se debe pensar primero, teniendo en cuenta el interés superior del menor, además de no existir ningún argumento sólido y relevante que permita defender la posibilidad, de no aceptar la adopción por parte de parejas del mismo sexo, me permito concluir en primer lugar que los hijos criados por parejas del mismo sexo, tienen las mismas oportunidades, el mismo desarrollo psicosocial, el mismo amor que tienen los menores que son criados bajo la institución de una familia tradicional.

Por esto la adopción homoparental puede encontrar resultados, en una sociedad transformadora e igualitaria, donde se reconozca al otro como igual, y se fundamenta en la oportunidad de las parejas homosexuales de reconocerse como iguales, y de crear familia, y por ultimo pero el más importante, es decir el fundamento de este trabajo, y como ya he mencionado en reiteradas ocasiones, el derecho de todo niño a tener una familia, y bien he explicado que los derechos de los menores priman sobre el de los demás.

Otra conclusión a la que llego es que una institución como es el ICBF, nunca va suplir las necesidades del menor, y nunca va poder garantizar el entorno que brinda, una familia, aunque no sea conformada de la manera tradicional, por eso estoy segura que el primer paso que se debe de dar es de dejar los estigmas de lado, y aceptar que el centro de importancia en este caso deben ser los menores, y que todos tienen

derecho a un hogar que le brinde todo lo necesario, y que merece todo menor, para su sano crecimiento.

Además considero que el hecho de que una persona sea homosexual, no amerita que se trate de manera desigual, sobre todo frente al tema de adopción, que es el tema principal de este trabajo, esto teniendo en cuenta que la finalidad de la adopción es proteger el interés superior del menor, y creo que esto se puede ver materializado tanto por parte de una pareja homosexual, como una heterosexual, sin encontrar diferencia alguna.

La recomendación principal es la de avanzar como sociedad, hacia la igualdad, la corte dio el primer paso aceptando la adopción por parte de parejas del mismo sexo, pero el paso más importante lo da cada individuo, respetando las diferencias, reconociendo al otro como igual, dejando atrás el moralismo, toda vez que debemos entender que lo más importante deben ser los menores que se encuentran privados del derecho de todo niño a tener una familia, esto se logra educando a las personas en la diversidad, ya que esta es la mejor manera de ampliar la visión de la sociedad como tal, y de dejar a un lado los prejuicios que son los culpables del trato desigual hacia esta comunidad.

### Referencias.

Agustín, Santiago. (2014). *Necesidades infantiles y adolescentes en familias homoparentales. Un análisis desde la perspectiva de los padres y madres*. Recuperado de:

[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/661757/agustin\\_ruiz\\_santiago.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/661757/agustin_ruiz_santiago.pdf?sequence=1)

Amézquita de Almeida, Josefina. (1980). *Lecciones de Derecho de Familia*. Bogotá. TEMIS S.A

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris: Asamblea General de las Naciones Unidas.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1969). *Convención Americana sobre derechos humanos*. Costa Rica: Asamblea General de las Naciones Unidas.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos del niño*. Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de la República de Colombia 1991*. Bogotá: La Asamblea.

Castillo Rugeles, Jorge Antonio. (2014). *Derecho de Familia*. Bogotá: LEYER.

Congreso de la República de Colombia. (1990). *Ley 54 de 1990 Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1990). *Ley 100 de 1993 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley 294 de 1996. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1098 de 2006 Por la cual se expide el Código de la infancia y la adolescencia*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2007). *Ley 1181 de 2007. Por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2009). *Ley 1361 de 2009. Por la cual se crea la Ley de Protección integral de la Familia*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2015). *Ley 1753 de 2015 Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437 de 2011: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2012). *Ley 101 de 2012: Por medio de la cual se modifica el Código Civil en materia de matrimonio y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: El Congreso.

Corte Constitucional (1994). *Sentencia T- 230 de 1994*. Magistrado ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia.

Corte Constitucional (2008b). *Sentencia C- 336 de 2008*. Magistrada ponente. Clara Inés Vargas Hernández. Colombia.

Corte Constitucional (2011b). *Sentencia T- 844 de 2011*. Magistrado ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Colombia.

Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-345 de Junio de 1993*. Magistrado ponente Alejandro Martínez Cabellero. Colombia.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-590 de Diciembre de 1995*. Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Colombia.

Corte Constitucional. (2007a). *Sentencia C-075 de Febrero de 2007*. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. Colombia.

Corte Constitucional. (2007b). *Sentencia C-811 de Octubre de 2007*. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Colombia.

Corte Constitucional. (2008a). *Sentencia T-376 de Junio de 2014*. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. Colombia.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-029 de Enero de 2009*. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. Colombia.

Corte Constitucional. (2010a). *Sentencia T-572 de Julio de 2010*. Magistrado ponente Juan Carlos Henao Perez. Colombia.

Corte Constitucional. (2010b). *Sentencia T-671 de Agosto de 2010*. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Colombia.

Corte Constitucional. (2011a). *Sentencia C-816 de Noviembre de 2011*. Magistrado ponente Mauricio Gonzáles Cuervo. Colombia.

Corte Constitucional. (2011c). *Sentencia C-577 de 12 de Enero de 2011*. Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez. Colombia.

Corte Constitucional. (2011d). *Sentencia T-502 de Junio de 2011*. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Colombia.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia T-276 de Abril de 2012*. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Colombia.

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia T-094 de Febrero de 2013*. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Colombia.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-798 de Agosto de 2008*. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Colombia.

Corte Constitucional. (2015a). *Sentencia C-683 de Noviembre de 2015*. Magistrado ponente Jorge Ivan Palacio Palacio. Colombia.

Corte Constitucional. (2015b). *Sentencia SU-617 de Agosto de 2014*. Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez. Colombia.

De La Fuente de Lleras, Cecilia. (2015). *Dirección de Protección, Subdirección de Adopciones*. Recuperado de <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/ProgramaAdopciones/ES TADISTICAS%20P.%20ADOPCIONES%20AL%2031-12-2015.pdf>

Escudero Alzate, Maria Cristina. (2013). *Procedimiento de familia y del menor*. Bogotá: LEYER

Grupo Latino Editores. (2008) *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*. Bogotá: A/K.

Joaquin Escriche. (1885) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. México: CH.Bouret.

Lafont Pianetta, Pedro. (2007). *Derecho de Familia, Derecho de menores y de juventud*. Bogota: Ediciones del profesional LTDA.

Lara Marín, Ricardo. (2000). El concepto de jurisprudencia en Francisco Suárez y Hans Kelsen. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. 30 (1), 673 – 690. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt28.pdf>

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (2011). *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. Bogotá: Ediciones del profesional LTDA.

Mott, Luiz. (1994) *Etno-Historia de la homosexualidad en América Latina*.  
Recuperado de  
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3iPv1PYTHJEJ:www.revistas.unal.edu.co/index.php/hisysoc/article/download/20304/21360%253A%253Apdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Naranjo Mesa, Vladimiro. (2006). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá. TEMIS.

Naranjo Ochoa, Fabio (2009). *Derecho civil personas y familia*. Medellín: Jurídica Sánchez R. LTDA.

Ordoñez, Sthephani. & Valencia, Maria Cristina. (2013). Adopción de parejas homosexuales: De la realidad social al reconocimiento judicial. *Precedente, revista Juridica*, 2, 233-288.

Parra Benitez, Jorge. (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá: TEMIS S.A.

Pinzón Mejía, Diana Carolina y Prada Uribe, Julián Eduardo. (2010). *Algunas consideraciones de la adopción homoparental en el ordenamiento jurídico colombiano*. Temas socio jurídicos. 28. 138-152.

Pradilla Rivera, Silvia Juliana. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño (a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y niñas a tener una familia, y a no ser separados de ella. *Estudios socio Juridicos*, 13, 330-348.  
Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/733/73318918011.pdf>

Presidente de la República de Colombia. (1991). *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política* Decreto 2591 de 1991. Bogotá: Presidente de la República.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. (2012). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá. TEMIS S.A

República de Colombia. (1887).Ley 57 de 1887 *Código civil Colombiano*. Colombia.